

العدد/ (١٣)
٢٠٠٩

سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها بيت الحكمة العراقي

الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون

تأليف
د. مها بهجت يونس الصالحي

بغداد - ٢٠٠٩

مجلات بيت الحكمة



دراسات الترجمة

فيض الحكمة

دراسات الأديان

دراسات سياسية

دراسات اجتماعية

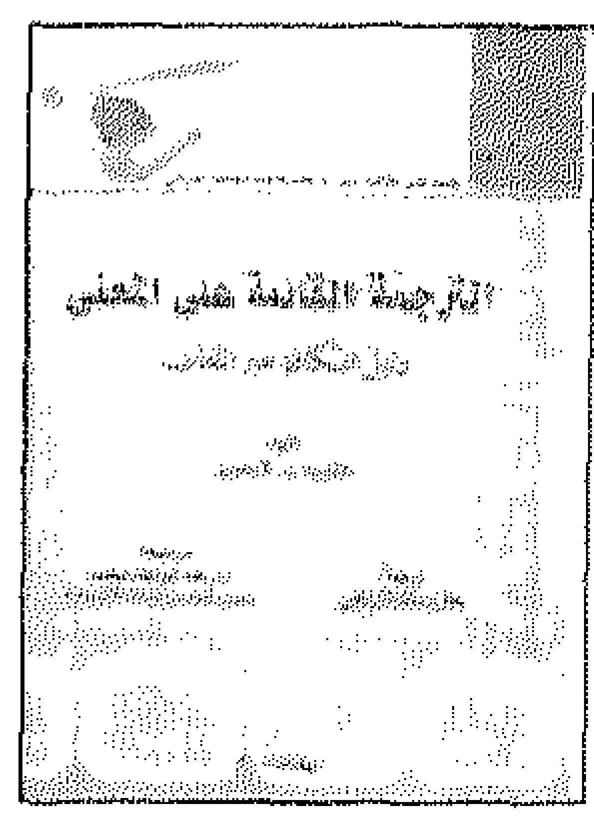
العولمة

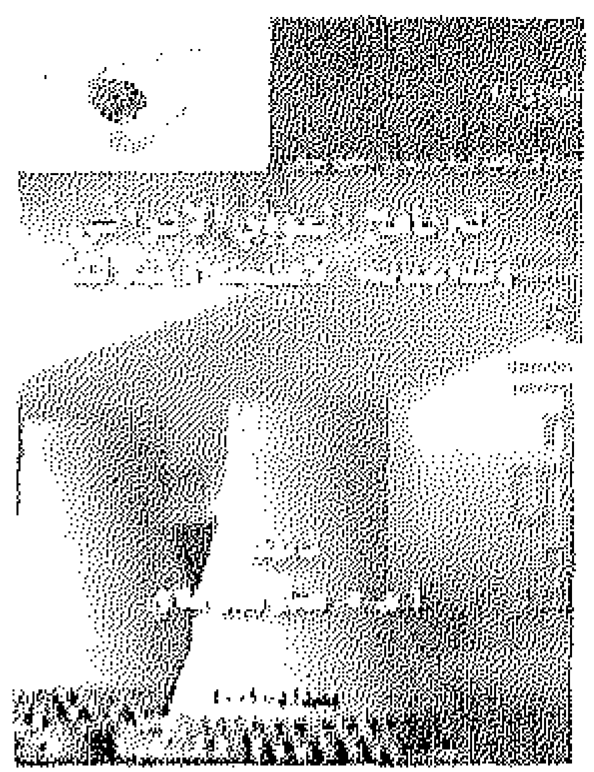
صورة الارهابي لدى المواطن العراقي

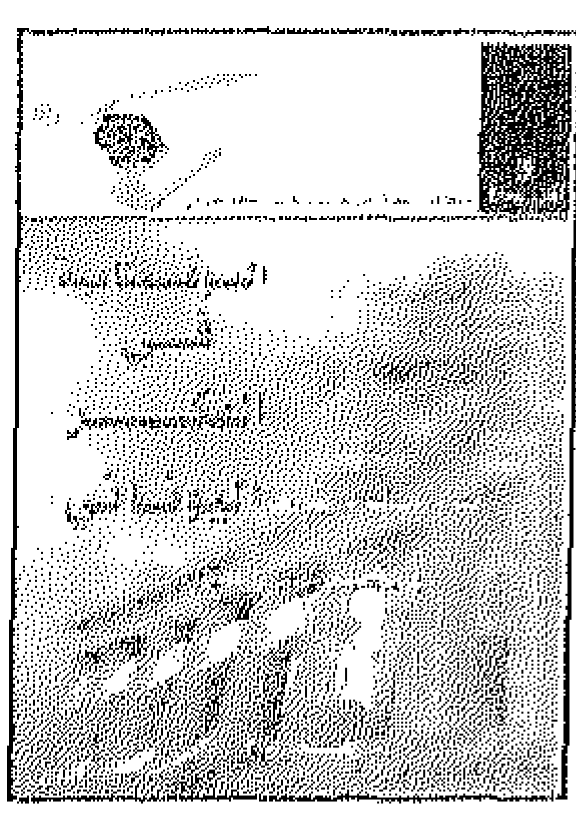
مشكلات المرأة المطلقة

المهجرون قسريا

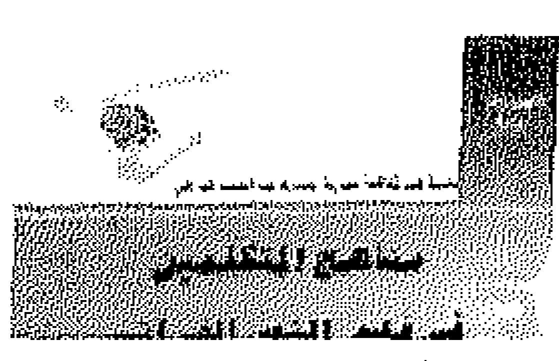
بغداد ٢٠٠٩









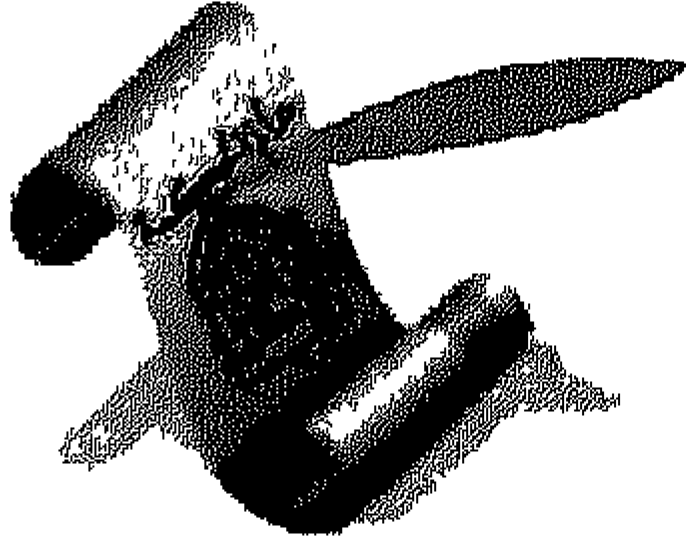


سلسلة عالم الحكمة

إهداء ٢٠١٠

الاستاذ الدكتور / خالد عزب

جمهورية مصر العربية



سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها بيت الحكمة العراقي

(١٣)



الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون

(دراسة مقارنة)

تأليف

الدكتورة مها بهجت يونس الصالحي

مدرس القانون الدستوري والأنظمة السياسية

كلية القانون ـ جامعة بغداد

بغداد

٢٠٠٩



سلسلة شهرية يصدرها بيت الحكمة

بسم الله الرحمن الرحيم

((ربنا آتِنا مِن لَدُنك رَحمةً و هَيّئ لَنا
مِن أمرِنا رَشداً))

صدق الله العظيم
(سورة الكهف -الاية ١٠)

عنوان الكتاب :

الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون (دراسة مقارنة)

المؤلف: ((الدكتورة مها بهجت يونس الصالحي))

الناشر : بيت الحكمة

التنضيد والاخراج: عمر عادل عباس

مراجعة لغوية:- رواء مظهر عباس

الطبعة الاولى: ٢٠٠٩

بيت الحكمة العراق- بغداد - باب المعظم - ص.ب.ت. (٥٣٦٤٠)

مكتب بريد الاقصى

هاتف ٤١٤١٢٠١/٤١٤٠٠١٥ فاكس ٤١٦٤٩٥٠

E.mail: info@baytulhimaaragi.org

E-Mail: Baytal_ hikma @Yahoo . Com

Www.baytulhikmairag.org

سلسلة عالم الحكمة

منذ أن تم رفع قواعد بيت الحكمة سنة ٨٠٠م وهو يقوم بعملية رفد الحضارة الانسانية والحركة العلمية في العالم بما ينتجه الفكر الانساني في مختلف فروع المعرفة والحكمة.

ولا يزال يمارس دوره الريادي في الاسهام الفاعل في ذلك وفي اعادة بناء العراق ومقومات التحول السياسي والاقتصادي والاجتماعي واحياء التراث العربي والاسلامي بما يدعم عملية التعايش السلمي بين الشعوب والاعتراف بالاخر والحوار بين الاديان والشعوب والتلاقح بين الحضارات.

ومن اجل رفد المسيرة الانسانية في سبيل غدٍ افضل ودعم الحركة العلمية، واثارة روح الابداع في الشخصية الانسانية فإن بيت الحكمة ارتأى أن يؤسس لسلسلة ثقافية بأسم "عالم الحكمة" تنفتح على الافكار والاتجاهات كلها وتدخل فروع الحكمة والمعرفة كلها وتتعامل مع الآخر أياً كان الآخر بروحٍ علمية موضوعية هادفة الى البحث عن الحقيقة ونشرها بأمانة وآملاً في الأسهام في نهضة الامة وبناء الانسانية على اسس علمية متميزة ومن الله تعالى نستمد العون والتوفيق..

أ.د.شمران العجلي
رئيس مجلس امناء بيت الحكمة

الآراء المنشـــورة في هذه السلســـلة تعبر عن كاتبـــها ولاتعبر بالضرورة عن رأي بيت الحكمة

الاهداء

الى المحكمة الاتحادية العليا...

تعبيراً لها عن ثقتنا وأملنا في دورها الواعد... لاعلاء الشرعية الدستورية وارساء دولة القانون في العراق... ولتبني من خلال أحكامها الدستورية صرحاً شامخاً يلوذ به الافراد لحماية حقوقهم وحرياتهم...

أهدي هذا الجهد المتواضع .....

الدكتورة

مها بهجت يونس الصالحي

شكر وتقدير

أتوجه بكل معاني الشكر والتقدير والاحترام الى الاستاذ الدكتور شمران العجلي رئيس مجلس امناء بيت الحكمة على رعايته الكريمة وموافقة سيادته على طباعة اطروحتي للدكتوراه ونشرها ضمن السلسلة الثقافية (عالم الحكمة) وعدها من اصدارات مؤسسة بيت الحكمة الموقرة.

كما اتقدم بخالص الشكر والتقدير والاحترام للاستاذ الدكتور جمال ابراهيم الحيدري مشرف قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة على تشجيعه ودعمه حيث اوصى سيادته بضرورة نشر اطروحتي للدكتوراه وعدها اصداراً من اصدارات مؤسسة بيت الحكمة لما تنطوي عليه من قيمة علمية ولانسجام موضوعها مع اهداف هذه المؤسسة العريقة.

وواجب الوفاء والعرفان يحتم علي ان اسدي عميق شكري وبالغ تقديري الى الاستاذ الفاضل الاستاذ الدكتور حميد حنون الساعدي رئيس قسم القانون العام بكلية القانون – جامعة بغداد الذي تفضل بالاشراف على اطروحتي للدكتوراه. على ما قدمه من حسن العون وكمال التوجيه فكان الاساس والعماد لي على الوفاء بهذا الجهد المتواضع.

أدعو الله ان يجزيهم عني وعن من ينتفع بهذا الكتاب خير الجزاء، والله سميع مجيب....

الدكتورة

مها بهجت يونس الصالحي

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا الكتاب هو عن اطروحة دكتوراه تقدمت بها الباحثة مها بهجت يونس الصالحي الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد، ونوقشت هذه الاطروحة في الساعة العاشرة من يوم الاثنين الموافق ٢٠/١١/٢٠٠٦ وذلك على قاعة الشهيد في كلية القانون – جامعة بغداد، ونالت الباحثة عنها تقدير (جيد جداً) ولقد تشكلت لجنة المناقشة والحكم من السادة الافاضل المدرجة اسماؤهم ادناه:–

– الاستاذ الدكتور عدنان محمد صالح العابد رئيساً
رئيس قسم القانون العام كلية الحقوق–جامعة النهرين

– الاستاذ الدكتور غازي فيصل مهدي عضواً
استاذ القانون العام كلية الحقوق–جامعة النهرين

– الاستاذ الدكتور جمال ابراهيم الحيدري عضواً
رئيس قسم القانون الجنائي كلية القانون – جامعة بغداد

– الاستاذ مساعد الدكتور حسان محمد شفيق العاني عضواً
استاذ القانون الدستوري والمساعد بكلية العلوم السياسية – جامعة بغداد

– المستشار الدكتور علي جمعة محارب عضواً
المستشار بمجلس شورى الدولة

– الاستاذ المساعد الدكتور حميد حنون الساعدي عضواً ومشرفاً
استاذ القانون الدستوري المساعد
ورئيس قسم القانون العام بكلية القانون– جامعة بغداد

المحتويات

المقدمة

يعد الدستور حجر الزاوية في بناء دولة القانون ، فهو القاعدة الأساسية التي يرتكز عليها النظام القانوني . فالدستور بوصفه القانون الأساسي في الدولة يحتل قمة التنظيم القانوني، وتتمركز في نصوصه الأحكام التي تتضمن المقومات الأساسية للمجتمع اقتصادياً وسياسياً واجتماعياً ، وتتحدد بموجب نصوصه حقوق الأفراد وحرياتهم ، كما تتضمن هذه النصوص القواعد الحاكمة لاختصاصات السلطات العامة المختلفة وعلاقاتها ببعضها البعض وعلاقاتها بالأفراد . ولما كان الدستور هو الذي يحدد سلطات الدولة ويبين اختصاصاتها فانه يجب أن تخضع هذه السلطات للدستور ولا تخرج عليه ، ويتعين أن تجري جميع أعمالها وتصرفاتها بما لا يخالف أحكامه التزاما بمبدأ سمو الدستور الذي يرتبط بمبدأ المشروعية، ويعد أحد مظاهره. فمن مقتضيات هذا المبدأ الأخير – بما يفرضه من خضوع السلطات العامة والأفراد من دون استثناء لأحكام القوانين المعمول بها في الدولة ، واحترامهم لها – أن يتقيد التشريع الأدنى بالتشريع الأعلى حتى تأتي التشريعات في تدرجها متوافقة ، ومتآلفة في إطار البناء القانوني للدولة برمته . والأساس في هذا التوافق والتآلف هو انسجام هذه التشريعات جميعها مع أحكام الدستور ، بعدّها أسمى وأعلى القواعد القانونية في الدولة.

وإعلاءً لأحكام الدستور ، وحماية لها من الخروج عليها من جانب سلطة التشريع بما تصدره من تشريعات قد تنطوي في بعض الأحيان على تعارض مع القواعد الدستورية ، فان النظم الدستورية الحديثة تحرص على كفالة نوع من الرقابة على العمل التشريعي الذي تسنه سلطة التشريع، صوناً لأحكام الدستور ، وتحصيناً لها من الاعتداء عليها.

هذه هي الرقابة الدستورية ، وهي لا تتخذ شكلاً ثابتاً ، بل انها تمارس من خلال أساليب متعددة قضائية وغير قضائية ، ومن المقرر في الفقه الدستوري أن الرقابة القضائية التي يباشرها القضاء على دستورية

التشريعات هي أهم أساليب الرقابة الدستورية ، وأكثرها فاعلية. وتمارس هذه الرقابة بوساطة محكمة أو جهة قضائية واحدة ، تختص بفحص دستورية التشريعات "قضاء دستوري متخصص " كما في مصر (دستور ١٩٧١) والعراق (دستور ٢٠٠٥) ، ويمكن أن يعهد بها إلى المحاكم المختلفة في الدولة ، على اختلاف درجاتها، كما في الولايات المتحدة الأمريكية "قضاء دستوري غير متخصص" وتكون مهمة هذا القضاء التحقق من مدى مطابقة التشريعات مع أحكام الدستور وإصدار أحكام بدستوريتها أو عدم دستوريتها مع ما يترتب على هذه الأحكام الاخيرة من نتائج وآثار غاية في الأهمية والخطورة فالهدف الأساسي للرقابة القضائية على دستورية التشريعات – على اختلاف النظم الدستورية التي تقررها – يتمثل في تحقيق مفهوم دولة القانون بإخضاع السلطات العامة في الدولة للرقابة على تصرفاتها للتأكد من التزامها بحدود الدستور ، وعدم انتهاكها للحقوق والحريات التي يكفلها للأفراد ، وإلا أضحت تشريعاتها عرضة للحكم بعدم دستوريتها إذا تنكبت جادة الصواب.

– أسباب اختيار موضوع البحث:

من أهم الاعتبارات التي أملت على الباحث اختيار موضوع البحث هي-:

– إن مشكلة حجية الحكم بعدم الدستورية والأثر القانوني المترتب عليه والنطاق الزمني لسريانه وكيفية تنفيذه بالنسبة للمراكز القانونية السابقة على صدوره والمراكز القانونية اللاحقة عليه ، تعد من أكثر الأمور أهمية وإثارة للجدل الفقهي وذلك للمشاكل العملية المترتبة على صدور هذه الأحكام، واختلاف الأنظمة الدستورية المختلفة بشأن تنظيمها ، والغموض الذي قد يعتور النصوص الدستورية والقانونية التي تتولى هذا التنظيم.

– تسليط الضوء على أهم النقاط الرئيسة والبارزة التي تعمل على توضيح العلاقة الجدلية والحتمية ما بين الحكم بعدم الدستورية (بما يثيره من

مسائل تتعلق بحجيته وآثاره وتنفيذه) وبين مفهوم دولة القانون . هو موضوع يجد الباحث انه جدير بالبحث والتقصي.

– إن وجود المحكمة الاتحادية العليا في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ حالياً، وإناطة مهمة الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين بها – أي إنشاء قضاء دستوري متخصص في العراق – ، يعد تطوراً دستورياً وديمقراطياً مهماً ، ولذا فإنه يلزم الحفاظ على هذه المحكمة وعلى اختصاصاتها ، والعمل على تنفيذ أحكامها – ولا سيما أحكامها بعدم الدستورية – في مواجهة السلطات العامة في الدولة والكافة من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية إعلاءً للشرعية الدستورية وضماناً لحقوق الأفراد وحرياتهم ، فاختصاصات هذه المحكمة ، تجعل منها أحد الضوابط والتوازنات التنظيمية المهمة التي تحول دون اعتداء السلطات العامة على الدستور وترفع ذلك الاعتداء بما تملكه من حق الحكم بإلغاء النص المخالف للدستور ، لذلك تعد هي بحق دعامة أساسية من دعائم دولة القانون في العراق . ومن هنا فانه يتعين الاهتمام ببيان وتفصيل حجية وآثار أحكامها ، لأن المساس بهذه الحجية وتلك الآثار يعد انتقاصاً من الضوابط والتوازنات التي وضعت – بعد تضحيات – لحماية حقوق وحريات العراقيين ، هذه الحقوق والحريات هي الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه نظام الحكم في دولة القانون.

-إشكالية موضوع البحث:

إن موضوع البحث "الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون" هو من المواضيع الدستورية المهمة والشائكة في آن واحد . إذ انه يعمل على تسليط الضوء على موضوعين في غاية الأهمية:–

الموضوع الأول : هو الحكم بعدم الدستورية وهو بحد ذاته موضوع متشعب وشائك لما يثيره من مشاكل عديدة تتعلق بحجية الحكم بعدم الدستورية والأثر القانوني المترتب عليه والنطاق الزمني لسريانه وكيفية

تنفيذه بالنسبة للمراكز القانونية السابقــة على صدوره ، وبالنسبــة للمراكز القانونية اللاحقة على صدوره .وتأتي الإشكالية في بحث هذا الموضوع من اختلاف الأنظمة الدستورية المختلفة التي تأخذ بنظام الرقابة القــضائية في تنظيمه و التصدي له ، ففي مسألة حجية الحكم بعدم الدستورية تقرر بــعض الأنظمة الدستورية الحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية في حــين يقــرر بعضها الآخر الحجية النسبــية له و لا شــك ان النتائج المترتبــة على نوعي الحــجية مختلفة تماماً ، وهي نتائج غاية في الأهمية والخطورة . كما تختلف الأنظمة الدستورية المقارنة في تحديد الأثر القــانوني المترتب على الحــكم بعدم الدستورية ، فقد يقتصر هذا الأثر على مجرد الامتناع عن تطبيق النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته من دون التعرض لوجود النص ذاته ، وقد يتمثل هذا الأثر في إلغاء النص التشريعي المحكوم بعدم دســتوريته أو إلغاء قوة نفاذه.

وتختلف الأنظمة الدســتورية المختلفة التي أخذت بــنظام الرقابــة القضائية اللاحقة على دستورية التشريعات في تحــديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية ما بين مقــرر لقــاعدة الأثر الرجعي للحــكم بــعدم الدستورية ، ومقرر لقاعدة الأثر المباشر لهذا الحكم، في حين اعتنقت بعض الأنظمة أسلوب يجمع بين هاتين القاعدتين على اعتبار إحــداهما القــاعدة والاخرى الاستثناء . كما وتبــرز إشــكالية موضوع البحــث في غموض النصوص الدستورية والقانونية أو قصورها في بعض الاحيان بصدد تنظيم حجية الحكم بعدم الدستورية والأثر القــانوني المترتب عليه و النطاق الزمني لسريانه ، أو سكوت المشرع في أحيان أخرى عن التصدي لمســألة من هذه المسائل على الرغم من أهميتها وخطورة الآثار المترتبــة عليها ، مما يؤدي إلى إثارة الجدل الفقهي حــول تنظيمها وظهور آراء فقــهية عديدة لكل منها حججها وأسانيدها ، ويستتبع ذلك ضرورة تقصي الباحث عن الرأي الســديد والأقرب إلى الغاية التي توخاها المشرع من النص في حــالة غموضه، كما

ويستتبع تقصي الباحث عن اتجاه المحكمة المختصة بالرقابة القضائية على دستورية التشريعات بصدد الأحكام التي تصدرها بعدم دستورية النصوص التشريعية المخالفة لأحكام الدستور ، ومحاولة قراءة هذه الأحكام وتحليلها لمعرفة اتجاه المحكمة الحقيقي بشأن تقرير الحجية لأحكامها (مطلقة ام نسبية) ، والأثر المترتب على هذه الأحكام (امتناع ام إلغاء)، والنطاق الزمني لسريانها (بأثر رجعي ام أثر فوري ومباشر).

اما الموضوع الثاني – فيتمثل في إثبات العلاقة الجدلية والحتمية ما بين الحكم بعدم الدستورية ودولة القانون . واثبات هذه العلاقة يتم من خلال إبراز النقاط الجوهرية والمحورية التي يثيرها موضوع حجية الحكم بعدم الدستورية والأثر القانوني المترتب عليه والنطاق الزمني لسريانه وكيفية تنفيذه تجاه السلطات العامة في الدولة والكافة ، هذه النقاط الجوهرية التي يعمل الحكم بعدم الدستورية من خلالها على إرساء دعائم دولة القانون . علماً ان إبراز هذه النقاط هو أمر غاية في الدقة إذ يتطلب بحث دقيق وعميق في التفاصيل المتعلقة بموضوع حجية الحكم وآثاره .كما ويتم إثبات هذه العلاقة من خلال إبراز الدور الذي تؤديه الأحكام بعدم الدستورية في التصدي للتشريعات التي تسنها سلطة التشريع في الدولة والتي تحاول فيها إهدار أو انتقاص من الحقوق والحريات العامة للأفراد المقررة بموجب نصوص الدستور ، إذ تعد الأحكام بعدم الدستورية من أهم الوسائل التي ترد السلطة التشريعية إلى حدودها الدستورية ، وتعيدها إلى حظيرة الشرعية إن هي خرجت عليها ، وتعد هي الضمان الأكيد لحماية الحقوق والحريات العامة من تعسف هذه السلطة واستبدادها ، فهي سلاح لا غنى عنه لتوكيد وتدعيم مبدأ المشروعية في دولة القانون.

ولإبراز دور الأحكام بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة ، وبما أن الدراسة اعتمدت أسلوب أو منهج البحث المقارن ما بين النظام الأمريكي ، والمصري ، والعراقي ، لذا كان على الباحث مهمة جمع

أحكام المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية ، وأحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر ، والأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري العراقي ، وقراءتها وتحليلها لمعرفة مدى ما حققته من حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

منهج البحث:

فيما يتعلق بمنهج البحث الذي سنتبعه في دراستنا لموضوع "الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون" فهو منهج الدراسة المقارنة بين النظام الأمريكي ، والمصري ، والعراقي ، إذ سنعرض لموقف المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية، وموقف المحكمة الدستورية العليا في مصر ، وموقف القضاء الدستوري العراقي (موقف كل من المحكمة العليا في ظل القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ ، والمحكمة الدستورية العليا في ظل دستور ١٩٦٨ المؤقت ، والمحكمة الاتحادية العليا في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ ، والمحكمة الاتحادية العليا في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ حالياً) بالنسبة لموضوع الحكم بعدم الدستورية من حيث حجيته وأثره القانوني والنطاق الزمني لتنفيذه وكيفية هذا التنفيذ، إذ سنعرض لتلك النظم على استقلال في فصول هذه الدراسة ، نظراً للاختلافات الجذرية في معالجتها لموضوع الحكم بعدم الدستورية حسبما سيتضح من ثنايا الدراسة ، توصلا للإحاطة بتلك التجارب وتقييمها لمعرفة مدى نجاح كل منها في تحقيق الأهداف المرجوة منها وهي حماية الشرعية الدستورية، وضمان الحقوق والحريات العامة وذلك إرساءً لدعائم دولة القانون.

خطة البحث:

سوف يتم تقسيم هذا البحث الى خمسة فصول يسبقها فصل تمهيدي.

في الفصل التمهيدي: القضاء الدستوري ودولة القانون .

نحاول توضيح العلاقة الحتمية والجدلية القائمة ما بين القضاء الدستوري ودولة القانون ، وذلك من خلال تقسيمه الى مبحثين : نتناول في المبحث الأول مقومات دولة القانون وضماناتها، ونبين في المبحث الثاني القضاء الدستوري ووظيفته في دولة القانون.

وفي الفصل الأول : مفهوم الحكم بعدم دستورية نص تشريعي وصوره .

ويقسم الى مبحثين : نتناول في المبحث الأول مفهوم الحكم بعدم دستورية نص تشريعي إذ يتم تحديد المقصود بالحكم في مجال الرقابة الدستورية ، ومن ثم تحديد مدلول النص التشريعي في مجال هذه الرقابة ، وبعد ذلك يتم تحديد التشريعات التي تخرج من نطاقها. اما المبحث الثاني فنستعرض فيه صور الحكم بعدم دستورية نص تشريعي وذلك من خلال استعراض الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري في الأنظمة الدستورية المقارنة ، بوجه عام ، وهي : الأحكام البسيطة ، والأحكام الوسيطة ، والأحكام الاستبدالية.

وفي الفصل الثاني : حجية الحكم بعدم دستورية نص تشريعي والنتائج المترتبة عليها.

ويقسم هذا الفصل الى مبحثين : نتناول في المبحث الأول بيان حجية الحكم بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة – محل الدراسة – ، وفي المبحث الثاني يتم بيان النتائج المترتبة على الحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية ، من حيث عدّه ملزماً لجميع السلطات العامة في الدولة والكافة من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية ، وثبوت الحجية لمنطوق الحكم والأسباب المرتبطة به ، وعدم جواز العدول عن حجية الحكم بعدم الدستورية إلا في حالات محدودة.

وفي الفصل الثالث: الأثر القــانوني المترتب على الحــكم بـــعدم دستورية نص تشريعي والنطاق الزمني لتنفيذه .

ويقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث: نتناول في المبحث الأول بيان الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم دســتورية نص تشــريعي وذلك من خلال استعراض موقف قضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية ، وموقف قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر ، وموقف القــضاء الدســتوري العراقي . اما في المبحث الثاني فنتناول النطاق الزمني لتنفيذ الحــكم بــعدم دستورية نص تشريعي، إذ يتم توضيح الأثر الكاشف والأثر المنشئ للحــكم بعدم الدستورية ومن ثم بيان الحدود والضوابط التي تحكم الأثر الكاشف لهذا الحكم والمتمثلة بالمراكز القانونية المستقرة قبل الحكم ، واحــترام شــرعية الجرائم والعقوبات ، وفكرة الأمن القانوني. وفي المبحث الثالث نســتعرض النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة – محل الدراســة – ، وذلك من خلال تحــديد هذا النطاق الزمني في قــضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية، وقضاء المحــكمة الدســتورية العليا في مصر ، والقضاء الدستوري العراقي.

وفي الفصل الرابع: تنفيذ الحكم بعدم دســتورية نص تشــريعي في مواجهة سلطات الدولة والكافة.

وسيقسم هذا الفصل الى مبحــثين : نتناول في المبحــث الأول كيفية تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للمراكز القانونية اللاحقــة لصدوره في مواجهة السلطات العامة في الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) والكافة من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، وفي المبحث الثاني يتم بيان كيفية تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للمراكز القــانونية السابقــة على صدوره في مواجهة السلطات العامة والكافة.

وفي الفصل الخامس: دور الحكم بعدم دستورية نص تشــريعي في حماية الحقوق والحريات العامة.

فسيتم تقسيم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث : نتناول في المبحث الأول

دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات السياسية حيث نستعرض في مطالب ثلاثة هذا الدور من خلال الأحكام الصادرة عن قضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية وقضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر والقضاء الدستوري العراقي ، وفي المبحث الثاني نتناول دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات الاقتصادية حيث نستعرض في مطالب ثلاثة هذا الدور من خلال الأحكام الصادرة عن قضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية وقضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر والقضاء الدستوري العراقي ، وفي المبحث الثالث نتناول دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات الاجتماعية حيث نستعرض هذا الدور من خلال الأحكام الصادرة عن قضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية وقضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر والقضاء الدستوري العراقي.

وفي الخاتمة : نذكر أهم النتائج والتوصيات التي خلص إليها هذا البحث.

والله ولي التوفيق

فصل تمهيدي

القضاء الدستوري ودولة القانون

فصل تمهيدي

القضاء الدستوري ودولة القانون

المبحث الأول : دولة القانون ، مقوماتها وضماناتها .

إن نظام دولة القانون يعني " أن جميع الاشخاص في الدولة الطبيعية منها والاعتبارية، الخاصة والعامة ، الافراد والهيئات ملزمة بالامتثال لأحكام القانون من ناحية ، وأن هذه الأشخاص – من ناحية اخرى – تملك تحت يدها سلاحاً قانونياً لحماية تلك الأحكام كلما تعرضت للنقض أو المخالفة"(١).

ودولة القانون كمصطلح قانوني يشكل نظرية دستورية محورها تنظيم العلاقة بين الحاكم والمحكومين . وهذا التنظيم يتم من خلال إيجاد علاقة متوازنة بين طرفي العلاقة . فالحاكم كأحد طرفي العلاقة وممارس للسلطة يرغب بتغليب ضرورات ممارسة السلطة . والمحكومين بعدّهم الطرف الاخر لهذه العلاقة يرغبون بتغليب ضمانات الحقوق والحريات العامة . ولكن ضرورات ممارسة السلطة تتجلى من خلال التقييد الوارد سياسياً وقانونياً على الحقوق والحريات العامة ، في حين أن ضمانات الحقوق والحريات العامة تتجلى من خلال التقييد القانوني والسياسي للسلطة. لذلك ، فان دولة القانون بمفهومها الواسع هي التي تقيم التوازن بين ضرورات السلطة وضمانات الحقوق والحريات العامة، لأن تغليب ضرورات السلطة يؤدي إلى الاستبداد ، وتغليب ضمانات الحقوق والحريات العامة يؤدي إلى الفوضى(٢).

ولكي يتحقق مفهوم دولة القانون بالمعنى الذي قدمناه أعلاه ، لابد ان تتوافر مجموعة من المقومات والضمانات الجوهرية ، وهذا ما سيتم بيانه في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : مقومات دولة القانون.

لدولة القانون مقومات جوهرية ، تعد أساساً لوجودها ، وهذه المقومات هي :

أولاً : وجود الدستور .

وجود الدستور يعني إقامة نظام في الدولة وبيان قواعد ممارسة السلطة فيها ووسائل وشروط استعمالها ، ومن ثم يمنع كل استخدام للسلطة العامة لا تراعى فيه هذه الشروط او تلك القواعد(٣) . وقد عرف الدستور بانه " مجموعة القواعد المتعلقة بتبيان مصدر السلطة وتنظيم ممارستها وانتقالها والعلاقة بين القابضين عليها وكذلك تلك المتعلقة بالحقوق والحريات العامة في الدولة"(٤).

والدستور قد يكون مدوناً اي كتبت مبادئه وأحكامه في وثيقة رسمية بمعرفة لجنة متخصصة ، وقد يكون غير مدون (عرفي) كالدستور الانكليزي مثلا الذي يستمد أحكامه من العرف والتقاليد والسوابق القضائية(٥).

ولا يؤثر في إقامة نظام دولة القانون أن يكون الدستور عرفيا او مكتوبا ، اذ المهم هو وجود تلك القواعد الدستورية التي تقيم الكيان القانوني للهيئات الحاكمة وترسم لها قواعد ممارستها للسلطة وتلزمها بأن يدور نشاطها في إطار قانوني محدد ليس لها ان تخرج عليه . وما دامت تلك القواعد الدستورية ، عرفية كانت ام مكتوبة ، أسمى من السلطات الحاكمة ، فان تلك السلطات تكون مقيدة بها بالضرورة لأنها سلطات منشأة بموجب تلك القواعد الدستورية . والسلطات الحاكمة إذا خرجت على الدستور أو القواعد الدستورية التي كانت الأساس في وجودها ، فانها تهدم أساس وجودها القانوني ، وبذلك تفقد الصفة القانونية ، وإذا فقدتها زالت صفة الشرعية عن تصرفاتها ، وعلى ذلك يتعذر تصور وجود دولة القانون بدون وجود الدستور . ومن هنا كان وجوده اساساً في إقامة دولة القانون(٦).

ثانياً : تدرج القواعد القانونية.

تعد فكرة تدرج القواعد القانونية وتوالدها من بعضها حجر الزاوية عند مدرسة (Kelsen) القانونية ، وتقوم النظرية على أن القواعد القانونية تتوالد من الأعلى إلى الأدنى(٧)، وانها تتخذ في البناء القانوني شكل طبقات أو درجات بعضها فوق بعض . ففي قمة النظام القانوني يوجد الدستور ، وهو مجموعة القواعد التي تبين كيفية إنشاء القواعد القانونية العامة المسماة بالتشريع، والتي قد تحدد – فوق ذلك – مضمون هذا التشريع على نحو إجمالي عام ، فالمهمة الأساسية التي يقوم بها الدستور في البناء القانوني هي تحديده للهيئات القائمة على إنشاء القانون ، وبيان الوسائل والإجراءات التي يتم عن طريقها ذلك الإنشاء ، ويلي الدستور درجة هذه القواعد القانونية العامة التي نظم الدستور إصدارها والمسماة بالتشريع ، وفي قاعدة هذا البناء تقوم القواعد القانونية التنظيمية المسماة بالقرارات الإدارية التنظيمية ، وبهذه القواعد يتم البناء القانوني ، وتنتهي عملية التوالد الآلي التي يقوم عليها(٨).

ويترتب على مبدأ تدرج القواعد القانونية ، وجوب خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى درجة، وهذا الخضوع يكون من ناحيتي الشكل والموضوع ، أي أن القاعدة الأدنى يجب أن تصدر عن السلطة التي حددتها القاعدة الأعلى وبإتباع الإجراءات التي بينتها ، وأن يتفق مضمون القاعدة الأدنى مع مضمون القاعدة التي تعلوها(٩). وبهذا يستطيع مبدأ تدرج القواعد القانونية أن يضع حلاً لمشكلة التعارض بين القواعد القانونية المختلفة(١٠).

ويترتب على تدرج القواعد القانونية التزام كل سلطة لدى قيامها بإنشاء القواعد القانونية، بأحكام القواعد القانونية التي تعلوها مرتبة حتى يكون عملها مطابقا لمبدأ المشروعية ، بحيث إذا خرجت عليها تلك السلطة وخالفتها فانها تهدر بذلك القوة الإلزامية التي تتمتع بها القواعد الصادرة عنها. ومعنى ذلك ، ان القوانين التي تقرها السلطة التشريعية بالمخالفة

لأحكام الدستور تكون باطلة وليس لها أية قوة إلزامية لمخالفتها للمشـــروعية ومن ثم يمكن للقضاء أن يحكم بعدم دستوريتها ، كما أن اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بالمخالفة لأحكام الدستور او القوانين تكون بـــاطلة لمخالفتها للمشروعية ، وبـــالتالي يحـــق للقـــضاء الحـــكم بـــعدم شـــرعيتها او عدم دستوريتها(١١).

ومبدأ هرمية القواعد القانونية ، على وفق ما تعتمده دولة القـــانون ، يربط القواعد القانونية كافة المعمول بها في الدولة بمصدرها الأساسي وهو الدستور ، بما يطمئن المواطن على حقوقه وحرياته التي كفلها الدستور ، لانه مهما بعد نطاق القانون أفقياً أو أرتفع عمودياً ، لابد أن يبقى تحت سقف نص القاعدة الدستورية(١٢).

ثالثاً : مبدأ سمو الدستور.

لما كان الدستور هو أصل كل نشاط قانوني تمارسه الدولة فهو لذلك يعلو ويسمو على أوجه هذا النشاط كافة ، إذ منه وحـــده تصبـــح هذه الأوجه صحيحـــة فهو القـــاعدة الأساســـية التي يرتكز عليها النظام القـــانوني في الدولة(١٣). وان الطبيعة الخاصة التي يتميز بها الدستور تضفي عليه صفة السيادة لكونه كفيل الحقوق والحريات وعماد الحياة الدســـتورية و أســـاس نظامها ، وحقاً لقواعده أن تستوي على القمة في البناء القـــانوني للدولة وأن تتبوأ مكان الصدارة بين قواعد النظام العام بعدّها أسمى القواعد الآمرة التي يتعين على الدولة التزامها في تشـــريعها وفي قـــضائها وفيما تمارســـه من سلطات تنفيذية(١٤).لذا فان مبدأ سمو الدستور يعني أن يكون للدستور مكان الصدارة فيما يخص سائر القوانين في الدولة ويتعين على جميع الســـلطات الحاكمة احترام نصوصه والتزام حدوده والتصرف في النطاق الذي رسمه . وهذا المبدأ لا يسود إلا في الأنظمة الديمقراطية (١٥) . فمبدأ سمو الدســـتور يعد من أهم الأسس التي تقوم عليها دولة القانون . وإذا كان مبدأ المشروعية

يعني أن تكون جميع تصرفات السلطات العامة في الدولة متفقة مع أحكام القانون ، وأن تسود القاعدة القانونية فوق ارادات الأشخاص القانونية كافة ، فان مبدأ سمو الدستور يعد أهم النتائج الحتمية والملازمة لمبدأ المشروعية(١٦). هذا السمو الذي تتمتع به القواعد الدستورية ، يستند إلى طبيعة هذه القواعد أو موضوعها ، كما يستند من الناحية الاخرى إلى الشكل الذي تتبلور فيه ، ومن هنا قد يكون سمو الدستور موضوعياً وقد يكون شكلياً أو كلاهما في آن واحد(١٧).

١- **السمو الموضوعي** : يعود السمو الموضوعي للدستور إلى تلك القواعد التي يتضمنها ويتم من خلالها تحديد أسس الدولة وتنظيم الحكم وتوزيع السلطات وتحديد العلاقة بينها واختصاصات كل واحدة منها ، أي ان أهمية الموضوعات التي يتناولها الدستور هي التي تكسبه سمواً على القوانين العادية(١٨).

ويتمثل السمو الموضوعي للدستور من ناحيتين :

الأولى : ان الدستور هو الذي يؤسس فكرة القانون السائدة في الدولة ويحدد الفلسفة السياسية والاجتماعية للنظام . وهذا يعني ان الدستور بما له من سمو يعد الإطار القانوني لأوجه النشاط القانوني كافة في الدولة . وعليه يعد كل اجراء أو نشاط يخالف أهدافه وأحكامه باطلاً(١٩).

والثانية : ان الدستور هو السند الشرعي لوجود الهيئات الحاكمة في الدولة وهو الذي يحدد اختصاصات كل منها ، وهو إذ يمنح لها هذه الاختصاصات فانه يمنحها إياها لا بعدّها حقاً لها وانما بعدّها وظائف يجب أن تمارس باسم الدولة وما دام الدستور هو الذي ينشئ هذه الهيئات وهو الذي يحدد اختصاصاتها وصور نشاطها فان ذلك يؤدي إلى وجوب خضوع هذه الهيئات فيما تمارسه من اختصاصات لأحكام الدستور والحاكم أو الهيئة الذي لا يخضع لأحكام الدستور يهدم السند القانوني لوجوده وأساس شرعية تصرفاته(٢٠).

ويؤدي السمو الموضوعي إلى النتيجتين الآتيتين :

أ.مبدأ السمو الموضوعي يؤكد مبدأ المشروعية ويوسع من نطاقها فلا تكون مقصورة على معناها الضيق، أي لا تكون مقصورة على مجرد ضرورة احترام القوانين الصادرة من السلطة التشريعية وعدم إمكان مخالفتها والخروج عليها سواء بواسطة الافراد أم بواسطة الجهات الإدارية المختلفة، بل سيمتد نطاق المشروعية ليشمل إلى جانب القوانين الصادرة من السلطة التشريعية – القواعد الدستورية(٢١).

ب.كما يؤدي السمو الموضوعي إلى عدم جواز تفويض الاختصاصات ، فطالما أن الدستور هو الذي يحدد اختصاصات السلطة، فيتعين على كل سلطة أن تمارس بنفسها الاختصاصات التي خولها الدستور لها ، ولا يجوز لها أن تفوض غيرها للقيام بها بدلا منها، إلا إذا أجاز ذلك الدستور نفسه ، ونظم مثل هذا التفويض ، إذ لا يمكن لأحد أن يفوض لغيره سلطة لا يستطيع هو التصرف بها(٢٢).

٢- **السمو الشكلي للدستور** : لا يتحقق السمو الشكلي للدساتير إلا إذا كان تعديل الدساتير يتطلب إتباع إجراءات خاصة (أكثر تعقيداً) تختلف عن إجراءات تعديل القوانين العادية. وبناءً على ذلك إذا كان السمو الموضوعي يتحقق لكل أنواع الدساتير المكتوبة والعرفية الجامدة أو المدونة في مواجهة كل القواعد الأدنى منها ، فان السمو الشكلي لا يتحقق إلا في الدساتير الجامدة التي لا تعدل إلا بإجراءات أشد من قواعد وإجراءات تعديل القوانين العادية. وهنا تظهر التفرقة بين القواعد الدستورية والقواعد القانونية العادية، فهذا الجمود هو الذي يعطي للقواعد الدستورية مركزاً أسمى ووضعاً أعلى بين ما عداها من القواعد القانونية(٢٣).

وإذا كان السمو الشكلي للدستور يستند إلى الشكل والإجراء فقط نتج عن ذلك ضرورة تحققه لكل القواعد القانونية التي يتطلب لوضعها أو تعديلها الشكل والاجراءات نفسها. وبالتالي تكون جميع القواعد التي تضمنتها الوثيقة

الدستورية بصرف النظر عن موضوعها حتى ولو لم تكن تتعلق بموضوعات الوظائف الدستورية ، تكون جميعها في مرتبة أسمى من القوانين العادية . وعلى العكس لا تتحقق صفة السمو الشكلي للقوانين الصادرة من المشرع العادي التي تعالج موضوعات دستورية ، أي التي تتعلق بنظام الحكم أو تشكيل السلطات وبيان العلاقة بينها ، اذ العبرة هنا بشكل القاعدة لا بموضوعها(٢٤). ويترتب على الاختلاف بين الدستور والقوانين العادية عدة نتائج تتمثل بالآتي :

أ.ثبات القوانين الدستورية : وهذا يعني ان المشرع العادي وبالاجراءات العادية لا يتمكن من تعديل النصوص الدستورية . وهذا الثبات نسبي غير مطلق والا أدى إلى الجمود وخالف سنة التطور من جهة ولناقض السيادة الشعبية من جهة ثانية. فمن حق الأمة على الدوام ووفقاً لمبدأ سيادتها أن تغير دستورها ما دامت هي مصدر السلطات(٢٥).

ب.القوانين الدستورية لا تلغى إلا بقوانين دستورية مماثلة : لما كانت القوانين الدستورية أسمى من القوانين العادية ، فانه لا يمكن إلغاؤها أو تعديلها إلا بقوانين لها ذات المكانة والدرجة نفسها، وهذا يعني أن القوانين العادية لا يكون بمقدورها تعديل أو إلغاء القوانين الدستورية ، لان القوانين العادية اقل مرتبة من القوانين الدستورية. إلا أن الفقهاء على الرغم من ذلك ذهبوا إلى انه إذا قامت ثورة في البلاد وتم لها النجاح فان الدستور القائم يسقط فوراً من تلقاء نفسه وتنسخ أحكامه . ويفسرون ذلك بأن الشعب بقبوله الثورة التي تمت بإرادته ، أو بدون مقاومة منه ، قد أظهر ارادته في إلغاء الدستور السابق(٢٦).

ج. عدم جواز تعارض القوانين العادية مع القوانين الدستورية : يترتب على التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين العادية وإعطاء الأولى المنزلة العليا ومكان الصدارة على سواها من القوانين السائدة في الدولة ، انه لا يجوز لهذه القوانين الأخيرة أن تخالف أحكام الدستور ، إذ يجب أن تصدر

القوانين العادية في نطاق الأحكام التي تتضمنها القوانين الدستورية وإلا كان ذلك خروجاً من السلطة التشريعية عن حدود سلطاتها ، وغدت القوانين الصادرة عنها في هذا الخصوص غير دستورية وباطلة(٢٧).

ولما كانت مطابقة القواعد القانونية لأحكام ونصوص الدستور هي الضمانة الكبرى لحماية حقوق وحريات الأفراد وعدم افتئات السلطات الحاكمة عليها ، فانه قد أصبح متعيناً تقرير نوع من الرقابة على دستورية القوانين تؤدي إلى إبطال القواعد المخالفة للدستور ولا سيما إذا ما كان المبدأ السائد في الدولة هو اعتناق الأسلوب المدون للدساتير(٢٨).

رابعاً : الخضوع لحكم القانون – مبدأ المشروعية:-

يعني مبدأ المشروعية خضوع الدولة للقانون ، والمقصود بخضوع الدولة للقانون هو أن تخضع السلطات كافة بالدولة للقانون ، سواء أكانت هذه السلطات تشريعية أم قضائية أم تنفيذية.(٢٩) ويكاد الفقه يجمع على أن مبدأ المشروعية يعني " سيادة حكم القانون " (٣٠)، وبهذا المبدأ تتميز الدولة البوليسية عن الدولة القانونية التي يخضع فيها نشاط الجميع " حكاماً ومحكومين " اياً كان نوع هذا النشاط أو الغرض منه للقواعد القانونية المطبقة اياً كان مضمون هذه القواعد واياً كان مصدرها ومستواها في التدرج الهرمي للقواعد القانونية . فالخضوع للقانون لا يعني القانون بمعناه الضيق ، أي الصادر من السلطة التشريعية وحدها ، بل يقصد به القانون في معناه الواسع الذي يشمل القواعد القانونية كلها بدءاً من الدستور ونزولاً حتى اللائحة أو القرار الفردي الذي يصدر في إطارها(٣١).

ويعد مبدأ المشروعية ، الضمان الحيوي والأساسي لحقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة السلطة العامة ، إذ يكونون بمقتضاه في مأمن من ان تعتدي عليهم الدولة على خلاف ما يجيزه القانون ، أو بأكثر مما يرخص به ، وتظهر أهمية هذه الضمانة إزاء ما هو مسلم به لجهة الإدارة – في كل

الأنظمة – من إمتيازات متعددة تكفل لها وحدها حق الأمر والنهي بالإرادة المنفردة الملزمة وحق التنفيذ المباشر لقراراتها بالقوة الجبرية التي تملكها وحدها ، فضلا عن تزايد دورها في الأنظمة المعاصرة ، إذ انه ما لم تكن الدولة – التي تملك كل هذه الامتيازات والتي أصبح تدخلها في أوجه النشاط كافة مسلماً به في الأنظمة المعاصرة – خاضعة للقانون ومحكومة به . لتحولت في التطبيق – وبأقصر طريق – إلى مجرد قوة قهر مادية ، تعسفية واستبدادية ، ولخرجت بالتالي من مجال القانون ، الأمر الذي ينذر بتهديد حقوق الافراد وحرياتهم العامة ويعرضهم للضياع(٣٢).

ولعل أهم ما يميز دولة القانون – هو أن السلطات الإدارية – لا يمكنها أن تلزم الافراد بشيء خارج نطاق القوانين المعمول بها . وذلك يعني تقييد الإدارة من ناحيتين : فمن ناحية لا تستطيع الإدارة حينما تدخل في معاملات مع الافراد أن تخالف القانون او تخرج عليه . ومن ناحية أخرى لا تستطيع أن تفرض عليهم شيئا إلا إعمالا لنص القانون – أو بموجب قانون – فعلى الإدارة اذاً قبل أن تتخذ أي إجراء ضد أحد الأفراد ، التأكد من أن يكون لها سند من القانون الذي تستمد منه سلطة إتخاذ هذا الإجراء ، وبعبارة اخرى ليس على الإدارة فقط أن تمتنع عن مخالفة القانون ، بل يجب عليها فوق ذلك الا تتصرف إلا بموجب نص قانوني. على أن ذلك لا يكون إلا عنصراً من عناصر دولة القانون ، إذ انه للوصول إلى نظام دولة قانون متكامل لا يكفي إخضاع الإدارة للقانون ، بل يلزم كذلك إخضاع جميع السلطات العامة الأخرى، وعلى الأخص السلطة التشريعية ، أي سلطة عمل القوانين(٣٣).

خامسا : الاعتراف بالحقوق والحريات الفردية.

الحرية هي "تأكيد كيان الفرد تجاه سلطة الجماعة ، وهو ما يعني الاعتراف للفرد بالإرادة الذاتية، مما يعني الاتجاه إلى تدعيم هذه الإرادة وتقويمها بما يحقق للإنسان سيطرته على مصيره"(٣٤).

ومن هذا التعريف ،فهمت الحرية خلال القرن التاسع عشر على انها وسيلة لمقاومة الدولة ، ولتقييد سلطاتها لصالح الأفراد ، ولذلك عدت الحريات الفردية وسيلة لمقاومة الحكام، وعدت ضماناً لاستقلال الفرد والاعتراف بذاتيته ، وتحقيق كرامته الإنسانية ، ومن ثم سارت الحرية في اتجاهين:(٣٥)

الأول منهما اتجه إلى تحديد مجال خاص معترف به للنشاط الفردي ، بما يعد منطقة مغلقة في مواجهة النشاط الحكومي ، وهذا المجال يتضمن المجموعة الأولى من الحريات الفردية وتشمل هذه المجموعة طائفة الحريات الشخصية ، وطائفة الحريات الاقتصادية ، وطائفة الحريات الفكرية.

واما الاتجاه الثاني ، فقد ذهب إلى الاعتراف بمجال محدود للنشاط الحكومي ، وفي هذا المجال يملك الافراد وسائل كثيرة لمنع الدولة من أن تبسط نفوذها وسلطاتها ، مما يحول دون تهديدها لنشاطهم الفردي ، وهذا المجال يتضمن المجموعة الثانية من الحريات الفردية وهي تلك المتعلقة بالحريات السياسية . ولقد شهد القرن العشرين في مستهله انتشار المذاهب الاشتراكية المنادية بالعدالة الاجتماعية مما أدى إلى اعتناق مذهب التدخل من جانب كل الدول المعاصرة ، وذلك بدرجات متفاوتة تختلف باختلاف الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية الخاصة بكل دولة على حدة ، وإذ أن الفكرة الأساسية وراء الاهتمام بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية هي أن يضمن لكل المواطنين الظروف المادية التي تسمح لهم بالتمتع بالحريات التقليدية ، فإن قائمة هذه الحقوق قد تضمنت كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق هذه الغاية. ولقد بدأ الأخذ بهذه الحقوق أو بعضها بعد الحرب العالمية الأولى فقد نصت بعض الدساتير على هذه الحقوق الاقتصادية والاجتماعية ، وفي أعقاب الحرب العالمية الثانية ظهرت هذه الحقوق في جميع الدساتير التي صدرت عقب انتهاء هذه الحرب(٣٦).

يستنتج مما تقدم ذكره أن الحقوق الفردية في الدولة الحديثة قد فقدت مدلولها التقليدي الحر الذي كان يجعل منها حواجز منيعة امام سلطان الدولة، ويسد في وجهها مجالات معينة يحظر عليها الاقتراب منها، وبالتالي يحـــدد سلطاتها . وأصبحت الحقوق الفردية بمدلولها الجديد لا تتطلب حـــتما تقـــييد سلطات الدولة ، بل على العكس توجب تدخل الدولة في بعض الأحيان . ومع ذلك فان الحقوق الفردية بمدلولها الحديث ، وإن كانت تحد من مبـــدأ خضوع الدولة – فهي لا تتنافى كليا مع ذلك المبدأ، بل على العكس تدعمه وتقويه من حـــيث انها تفرض على الدولة التزامات معينة ، وبـــالتالي تخضع نشـــاطها لقواعد معينة يمتنع عليها أن تخالفها. فبعد أن كان خضوعها للقانون خضوعا سلبياً ، إذ يمتنع عليها الاعتداء على الحقوق الفردية إعمالا لمبـــادئ المذهب الفردي الحر ، أصبـــح خضوعها ايجابـــياً في الدولة الحـــديثة ذات النزعات الاشتراكية نظراً لما يفرضه عليها القانون من التزامات إيجابية بقصد تحقيق مستوى مادي معين للأفراد(٣٧).

وعليه فان الاعتراف بالحقوق والحـــريات الفردية بـــما تتضمنه من امتيازات للافراد وبما تفرضه من قيود على سلطات الحاكم وتثبيت ذلك في الدستور أو ايمان الحاكم والمحكومين بـــها، يشـــكل أحـــد مقـــومات دولة القانون(٣٨).

المطلب الثاني : ضمانات تحقيق دولة القانون.

إلى جانب هذه المقومات الأساسية لقـــيام دولة القـــانون ، من وجود دستور ، وتدرج القواعد القانونية ، وســـمو الدســـتور ، والخضوع لحـــكم القانون، والاعتراف بالحقوق والحـــريات الفردية، توجد ضمانات أساســـية لتحقيق دولة القانون تتعلق بتنظيم أجهزة الدولة تنظيماً يمنع الاستبداد ويحول دون الطغيان ويقـــود إلى حـــماية حقـــوق الأفراد وحـــرياتهم . وتتمثل هذه الضمانات في :

أولاً : مبدأ الفصل بين السلطات.

يعد مبدأ الفصل بين السلطات ضمانة مهمة للحقوق و الحريات العامة في دولة القانون . وينسب هذا المبدأ في صورته الحديثة إلى المفكر الفرنسي Montesquieu الذي انطلق من مبدأ "حماية الحريات" وقرر أن الوسيلة لممارسة السلطة مع المحافظة في الوقت ذاته على حماية الحريات هو الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات ، فجمع السلطات كلها في يد فرد أو هيئة واحدة مهما كانت حكمتها يؤدي حتما إلى إساءة استعمالها ، كما يؤدي إلى الطغيان و الاستبداد، وفي ذلك قضاء على الحرية ، فكل شخص يحوز قدراً من السلطة يميل دائما إلى الشطط في إستعمالها إلى أن تقوم في مواجهته سلطة أخرى موازية تحد من شططه وتحول بينه وبين التعسف(٣٩). و على هذا فان جوهر مبدأ الفصل بين السلطات على نحو ما استنبطه Montesquieu ذو معنيان ، يمكن أن يقال أن الأول ذو مضمون سياسي و الثاني ذو مضمون قانوني(٤٠).

فالمعنى السياسي لمبدأ الفصل بين السلطات يقصد به عدم جمع السلطات و عدم تركيزها في قبضة شخص أو هيئة واحدة ، وذلك ضمانا لحرية الافراد ومنعاً للتعسف و الاستبداد ، وفي ذلك يقول Montesquieu :" لا تتحقق الحرية مطلقاً إذا اجتمعت السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية في شخص أو في هيئة حاكمة واحدة ، وذلك لأنه يخشى أن يضع الملك نفسه او هيئة الأشراف نفسها قوانين جائرة وينفذها تنفيذا جائراً . وكذلك لا تكون هناك حرية إذا لم تفصل سلطة القضاء عن السلطتين التشريعية و التنفيذية ، فإذا كانت متحدة مع السلطة التشريعية فان حياة وحرية المواطن تصبح بين يدي قضاة متحكمين و أحكامهم لا رقيب عليها و القاضي يصير مشرعاً . وإذا كانت متحدة بالسلطة التنفيذية أمكن للقاضي أن يصبح طاغية ومستبد . وكل شيء يضيع إذا مارس الرجل نفسه أو هيئة الاشراف هذه السلطات الثلاث سلطة وضع القوانين و سلطة تنفيذ الأوامر العامة وسلطة القضاء " (٤١) . وبهذا المعنى يتعين توزيع وظائف

الدولة الثلاث على سلطات ثلاث : السلطة التشريعية وتختص بإصدار القوانين ، والسلطة التنفيذية وتختص بتنفيذ القوانين ، والسلطة القضائية وتختص بتطبيق القوانين على ما يعرض عليها من منازعات . فوفقا لمبدأ الفصل بين السلطات يكون لكل سلطة اختصاص معين لا يجوز لها الخروج عليه ، وإلا اعتدت على اختصاصات السلطات الأخرى(٤٢).

على ان Montesquieu لم يقل بالفصل التام بين السلطات ، إذ أن الفصل التام في نظره مستحيل من الناحية العملية ، وان السلطات على الرغم من فصلها ، ستجد نفسها بالضرورة وبطبيعة الأشياء مضطرة للتضامن والتعاون حتى تستطيع أداء وظائفها على الشكل الأكمل(٤٣).

وعليه فان جوهر مبدأ الفصل بين السلطات يتحدد اذاً على أساس قيام سلطات ثلاث في الدولة مستقلة عن بعضها استقلالاً غير مانع وانما هو استقلال مع التعاون والرقابة المتبادلة(٤٤).

اما المعنى القانوني لمبدأ الفصل بين السلطات فيتعلق بطبيعة العلاقة بين السلطات المختلفة . وبهذا المعنى تنقسم النظم إلى نظم رئاسية ونظم برلمانية ونظم وسط بين النظامين الرئاسي والبرلماني . ويتميز النظام الرئاسي بالفصل بين السلطات فصلاً عضوياً إذ أن كل سلطة مستقلة عن السلطة الأخرى في مجال التكوين والحل . اما في النظام البرلماني فهناك تعاون ورقابة متبادلة بين السلطات ولا سيما السلطتين التشريعية والتنفيذية فمن حق الحكومة حل البرلمان وفي مقابل ذلك يملك البرلمان مساءلة الحكومة عن طريق السؤال والاستجواب وسحب الثقة من الحكومة(٤٥).

ثانياً : تنظيم رقابة قضائية على أعمال الإدارة.

لا يكفي لبناء دولة القانون أن تقر لها هذه الصفة نظرياً ومن خلال بعض النصوص القاصرة أو بعض الإجراءات ، انما يجب أن تكون هناك وسيلة أكثر قدرة على حماية هذا المفهوم ، ولقد استقر الرأي عند اغلب فقهاء

القانون على ان هذه الوسيلة انما هي إعطاء الولاية الكاملة للسلطة القضائية للنظر في جميع المنازعات المثارة على أعمال الإدارة بمناسبة قيامها بإشباع الحاجات العامة والأساسية للمجتمع عندما تجنح الإدارة عن جادة الطريق والانحراف بنشاطها والابتعاد عن الأهداف المرسومة لها وعدم التمسك الحرفي بمفهوم سيادة القانون. لا أن تترك الإدارة بدون رادع ومراقبة وتقرير جزاءات مناسبة عند مخالفتها للهدف الذي وجدت من أجله.

وان الرقابة القضائية التي يتولاها ويمارسها الجهاز القضائي المستقل والمتمثل في المحاكم بمختلف درجاتها وأنواعها تعد الضمانة الحقيقية والفعالة لإخضاع الإدارة لحكم القانون وضمان مبدأ المشروعية ، وهي تبعاً لذلك تعد من أهم ضمانات تحقيق نظام دولة القانون ومن أهم الوسائل وأيسرها للمواطن والتي تكفل له ومن خلالها استرجاع حقوقه التي انتهكتها الإدارة وكذلك تعد ضمانة لحماية الحريات العامة من تعسف رجال الإدارة ، كل ذلك عندما يلوذ المواطن إلى القضاء طالباً الإنصاف والحماية من جور الإدارة(٤٦).

ولكي تؤدي الرقابة القضائية ثمارها لابد أن يتوفر في تنظيمها كل مقومات وضمانات استقلالها الضرورية والتي تحول دون تدخل السلطة التنفيذية ، ولعل من أهم تلك الضمانات هو الاستقلال التام والكامل للسلطة القضائية عن أعمال السلطات الأخرى . كل ذلك يتم من خلال وضع آليات صارمة لاختيار القضاة الاكفاء ووضع قانون مستقل ينظم أعمال السلطة القضائية تنظيماً هرمياً ويحدد صلاحياتهم والسلم الوظيفي لهم وأنواع العقوبات الواجبة التطبيق عند مخالفتهم للامانة الملقاة على عاتقهم(٤٧).

وتختلف الأنظمة القضائية في كيفية ممارسة هذه الرقابة ، ففي الدول الانكلوسكسونية يباشر القضاء العادي الرقابة على أعمال الإدارة ، استناداً إلى أن النظام القضائي موحد ، وبالتالي لا توجد قواعد إدارية خاصة تطبق على أعمال الإدارة. وانما تخضع تلك الأعمال لقواعد القانون الخاص ، بينما

الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج – أي وجود قضاء إداري مستقل إلى جانب القضاء العادي – فقد اناطت بالقضاء الإداري سلطة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة(٤٨).

وقد أثبتت التجارب أن القضاء الإداري هو السند الحقيقي لحماية الحقوق والحريات العامة من تعسف الإدارة ، وتشمل ولايته كل من(٤٩):-

أ- **قضاء الإلغاء** : ويقصد به القضاء المنوط به بحث مشروعية القرارات الإدارية والحكم بإلغائها او إبطالها إذا ما ثبت مخالفتها للقانون .

ب- **القضاء الكامل** : وهو لا يقتصر على بحث مشروعية القرارات الإدارية ، وإنما تشمل ولايته تعديل العمل المخالف للقانون والحكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عنه .

ج- **قضاء العقاب** : وتشمل ولايته سلطة توقيع العقاب على الخارجين عن القانون .

د. **قضاء التفسير** : ويقتصر على مجرد تفسير القرار الاداري وبيان معناه .

ثالثاً : الرقابة على دستورية القوانين.

تعد الرقابة على دستورية القوانين التي تباشر على القوانين بقصد التأكد من احترامها للقواعد الواردة في الوثيقة الدستورية وعدم مخالفتها لأحكامها من أهم الوسائل القانونية التي تكفل احترام ونفاذ القواعد المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية(٥٠). هذه الوثيقة التي تعد من أهم مقومات دولة القانون. وتهدف الرقابة على الدستورية بصورة رئيسة إلى إشاعة مناخ المشروعية بتطبيق مبدأ المشروعية وإلزام الجميع به وإلى المحافظة والتأكيد على مبدأ السيادة وسمو أحكام الدستور ، كما تهدف إلى ضمان عدم إساءة تطبيق الدستور نصاً وروحاً من السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية ، وإلى ضمان ممارسة الافراد والجماعات

للحقوق والحريات التي يكفلها الدستور وإلى ضمان تطبيق الجزاء المناسب والمنطقي على مخالفة أعمال هذه السلطات الخاضعة للرقابة الدستورية لأحكام الدستور . وبصورة أوضح وأدق ، فان الرقابة على الدستورية تهدف إلى خلق دولة القانون(٥١).

وتعد الرقابة على الدستورية إحدى النتائج المترتبة على مبدأ سمو الدستور وتميزه عن القوانين العادية ، وعلى ذلك فلا وجود للرقابة على دستورية القوانين إلا في البلاد ذات الدساتير الجامدة ، فإن كان الدستور مرنا، فلا يتصور الأخذ بالرقابة على دستورية القوانين في ظله ، لأن النصوص التي تتضمنها الوثيقة الدستورية تعد في مرتبة القوانين العادية نفسها(٥٢).

وللرقابة على دستورية القوانين في الدول التي أخذت بها صور وأشكال متعددة : فبعض الدول قد أخذت بأسلوب الرقابة السياسية على دستورية القوانين، وذلك بأن عهدت بالرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية تتولى التأكد من مطابقة القوانين لأحكام الدستور ، وقد جعلت بعض الدول هذه الرقابة السياسية سابقة على صدور القانون ، في حين جعل بعضها الاخر هذه الرقابة لاحقة على صدوره . اما غالبية الدول ، فقد أخذت باسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، وذلك بان عهدت بالرقابة إلى القضاء ، ولقد جعلت بعض الدول الرقابة القضائية سابقة على إصدار التشريع ، في حين جعل بعضها الاخر ، الرقابة لاحقة على إصداره . كما عهدت بعض الدول بالرقابة القضائية على دستورية القوانين إلى جميع المحاكم وهو ما يعرف باسم لا مركزية الرقابة القضائية (قضاء دستوري غير متخصص) ، في حين عهد البعض الاخر بهذه الرقابة إلى جهة قضائية واحدة تنشئ خصيصا للقيام بهذه المهمة وهو ما يعرف باسم مركزية الرقابة القضائية (قضاء دستوري متخصص).(٥٣)

ويتفق غالبية الفقه على أن الرقابة القضائية التي يباشرها القضاء على دستورية القوانين من أهم أساليب الرقابة الدستورية ، وأكثرها فاعلية ، وأعمقها أثراً .

رابعاً : تطبيق النظام الديمقراطي.

يرى الفقه الدستوري الحديث أن المبدأ الديمقراطي إذ يجعل السيادة للشعب ويقرر الحرية والمساواة بين المواطنين ويخضع السلطات العامة جميعها لإرادة الشعب ويحترم الحريات العامة والحقوق الفردية ويجعل منها سداً منيعاً امام سلطان الدولة لا تتعداه ، فانه بذلك يشكل ضمانة مهمة وفعالة في إرساء دولة القانون(٥٤) وإذا كان الحكم الديمقراطي يجعل من الشعب مصدر السلطة وصاحب السيادة في الدولة فانه – أي الشعب – قد يمارس السلطة بنفسه فيسمى النظام بنظام الديمقراطية المباشرة أو الحكومة المباشرة وقد يختار الشعب لممارسة السلطة نواباً عنه يباشرونها باسمه ويقومون بأعباء الحكم نيابة عنه وتسمى هذه الصورة من صور الديمقراطية بالديمقراطية النيابية أو الحكومة النيابية. واخيراً قد يقوم نظام خليط بين النظامين معاً ، او وسط بينهما ، فتكون هناك هيأة منتخبة تمثل الشعب وتتولى السلطة باسمه مع الرجوع إلى الشعب في بعض الأمور المهمة ليتولاها بنفسه مباشرة من دون أن يكون لتلك الهيأة النيابية حق الفصل فيها(٥٥).

وإذا كانت الديمقراطية المباشرة تستلزم أن يمارس الشعب بنفسه وظائف الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية فان ممارسة الوظيفة الإدارية وما تستلزمه من أعمال وقرارات يومية يكاد يكون مستحيلاً ، ذلك أن مجموع المواطنين يعجزون أن يباشروا مجتمعين أعمال الوظيفة الإدارية . ومن هنا فقد أخلت الديمقراطية المباشرة الطريق للديمقراطية النيابية التي ينيب فيها الشعب ممثليه في ممارسة السلطة ليقرروا بعد ذلك باسمه ونيابة عنه .

وينبغي الاشارة إلى أن الحكومة النيابية لا تكون ديمقراطية في كل الاحوال ، فهي لا تكون كذلك الا إذا كان الشعب بأكمله هو الذي يختار نوابه بحيث يكون تكوين أحد مجلسي البرلمان في الاقل عن طريق الانتخاب العام

للمواطنين جميعهم(٥٦). ولما كان النظام النيابي ينأى عن الصورة المثلى للديمقراطية التي تفترض ممارسة الشعب السيادة بنفسه ، لذلك تطور النظام النيابي إلى جعل الشعب يمارس سلطات حقيقية ويشترك في السلطة اشتراكاً فعلياً . تحقيقاً لهذه الغاية إذ تأخذ النظم الحديثة ببعض مظاهر الديمقراطية المباشرة فتبقي على الهيئات النيابية المنتخبة التي تمارس السلطة باسم الشعب ولكنها توجب الرجوع إلى الشعب في بعض الأمور المهمة ليمارسها بنفسه مباشرة . وتلك هي الديمقراطية شبه المباشرة(٥٧).

ويربط الكثيرون بين المبدأ الديمقراطي والانتخاب كوسيلة لاسناد السلطة ، ويقولون انه لا قيام للديمقراطية ما لم يكن الانتخاب هو وسيلة اختيار الحاكم ، وبقدر التوسع في تقرير حق الانتخاب وتعميم تطبيقه في تشكيل السلطات المختلفة في الدولة بقدر ما يكون النظام ديمقراطيا. كما ان مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة سواء المتفق عليها من قبل فقهاء القانون وهي الاستفتاء الشعبي ، والاعتراض الشعبي ، والاقتراح الشعبي ، ام المختلف في عدّها من مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة من قبل الفقهاء وهي : حق الناخبين في إقالة النائب ، وحق الاقتراع على حل البرلمان ، وحق عزل رئيس الجمهورية ، هذه المظاهر الديمقراطية جميعاً تسهم إلى حد كبير في خضوع الحكام للقانون وإرساء دولة القانون(٥٨).

المبحث الثاني : القضاء الدستوري ووظيفته في دولة القانون.

المطلب الأول : القضاء الدستوري ، تعريفه ، نشأته ، وأساليب ممارسته.

أولاً : التعريف بالقضاء الدستوري.

يحتمل اصطلاح القضاء الدستوري معنيين : أولهما – عضوي او شكلي ، والآخر – موضوعي. فمن الناحية العضوية أو الشكلية : يقصد بالقضاء الدستوري المحكمة أو المحاكم التي خصها الدستور – داخل التنظيم القضائي في الدولة – من دون غيرها برقابة دستورية التشريع (قضاء دستوري متخصص) . ومن الناحية الموضوعية : يعني القضاء الدستوري الفصل في المسائل الدستورية ، وهي المسائل التي تثير فكرة تطابق التشريع مع الدستور ، وبهذا المعنى ينصرف الاصطلاح إلى القضاء في هذه المسائل سواء أصدر من محكمة دستورية متخصصة ام من محكمة اخرى من المحاكم العادية أو الإدارية أو غيرها ، وذلك طالما تعلق هذا القضاء بالفصل في مسألة دستورية (قضاء دستوري غير متخصص)(٥٩). وبهذا فان المعنى الموضوعي لاصطلاح (القضاء الدستوري) أوسع نطاقا من معناه العضوي أو الشكلي ، إذ انه وفقاً لهذا المعنى الاخير فان القضاء الدستوري لا يوجد إلا مع وجود المحاكم الدستورية المتخصصة ، في حين أن القضاء الدستوري على وفق المعنى الموضوعي لا يرتبط في وجوده بمثل هذه المحاكم الدستورية ، إنما هو قائم مع الفصل القضائي في المسائل الدستورية ، بصرف النظر عن الجهة القضائية التي يصدر عنها هذا القضاء. أن رقابة القضاء الدستوري هي رقابة قانونية تقوم على أساس تدخل جهاز قضائي لإصدار حكم بمدى توافق أو عدم توافق تشريع ما مع أحكام الدستور . وبهذا المنطق فإن عملية الرقابة على الدستورية تدخل بصورة طبيعية في اختصاص القضاء ، فما وظيفة القاضي إلا تطبيق القوانين على ما يعرض

امامه من منازعات ، وما الحكم في دستورية القـــانون من عدمه إلا منازعة يختص القضاء ببحثها و هو يفصل فيها على وفق مبدأ تدرج القواعد القانونية بمعنى انه إذا وجد أن النص التشريعي الذي يحتج به يتعارض مع قاعدة أعلى منه في الدستور ، فانه ملزم بانزال حكم الدستور و استبعاد تطبـــيق القـــاعدة المخالفة ، فهذا هو ما يمليه منطق العدالة و المشروعية(٦٠).

وتمتاز رقابة القضاء الدستوري بكل ما يمتاز به الجهاز القضائي من حياد وبعد عن التيارات السياسية وأهواء الاحزاب ، كما انها تمتاز بـــوجود قاض متخصص في تطبيق القوانين وله تكوينه القانوني السليم والعميق و هو أمر لازم لمباشرة هذه المهمة ، فالرقابة على دستورية التشـــريع مهمة ذات طابع فني متميز ينبـــغي أن يتوافر في من يتولاها معرفة ودراية بالدســـتور وهي أمور قانونية بحتة(٦١).

بالإضافة إلى ما يقدمه النظام القضائي من ضمانات للمتقاضين تتمثل بالإجراءات القضائية المتبعة مثل علانية الجلســـات وحـــرية الدفاع و إلزام القاضي بتسبيب أحكامه بما يحـــمي المصالح المختلفة في النزاع المنظور ، فضلاً عما يؤكده مبدأ الفصل بين السلطات في شـــأن استقـــلال القـــضاء ، وحصانة القضاة ، وما هو مقرر لهم من ضمانات تبعد عنهم تدخل السلطات الاخرى ومحاولة تأثيرها على أحكامهم ، وعدم إلزامهم بقبول ما تصدره من قوانين وقرارات تخالف الدستور وتخرج عن مقتضاه (٦٢). فالدستور حين يحدد نطاق إختصاص السلطات العامة الحـــاكمة ، فإن على تلك الســـلطات الالتزام بهذه الحدود ، فإذا حدث وإن تجاوزت المؤسسة التشريعية حـــدودها فإن السلطة القضائية تعد قيداً دستورياً عليها يقف في وجهها . ويترتب على ذلك انه إذا ما أصدرت الهيئة التشريعية قانوناً متجاوزة بـــه ســـلطتها او لا يسمح به الدستور فانه يعد قانوناً باطلاً ، وعلى القضاة المستقـــلين الذين كفل الدستور حيادهم ونزاهتهم أن يعلنوا هذا البطلان(٦٣).

وهذا البطلان يعد نتيجة حتمية لفكرة الدســـتور الجامد الذي لا يمكن

تعديله بوساطة القوانين العادية. فالقوانين الصادرة عن السلطة التشـريعية والتي تخالف قواعد الدستور الجامد تعد قوانين باطلة ، من دون حـاجة إلى تقرير ذلك البطلان صراحة في صلب الدستور (٦٤).

ثانياً : نشأة الرقابة القـضائية وانتشـارها في بـعض الأنظمة الدستورية المعاصرة.

بدأت البذور الأولى لهذه الرقابة في محاكم بعض الولايات الأمريكية قبل نشأة الاتحاد الأمريكي – " محكمة ولاية New Jersy سـنة ١٧٨٠ ، حيث قضت بعدم دستورية قانون صدر بتشـكيل هيئة المحـلفين من سـتة أعضاء لمحاكمة جرائم معينة مخالفاً بذلك ما استقر عليه العرف الدسـتوري من تكوين هيئة المحلفين من إثني عشر عضواً ، ثم محكمة ولاية Rhode Island سنة ١٧٨٦ ، حيث قضت بعدم دستورية قانون صدر بجعل النقود الورقـية عملة إلزامية لمخالفته لدسـتور الولاية ، ثم محـكمة ولاية North Carolina سنة ١٧٨٧ ، حيث قضت بعدم دسـتورية قـانون أعترف بملكية العقـارات المشـتراة من بـين ما صودر من اموال خصوم الثورة"(٦٥).

إلا أن شعوب هذه الولايات وبرلماناتها لم تتقبـل هذه الأحـكام التي أصدرها قضاتها بعدم دستورية بعض قوانين هذه الولايات ، وحـدثت بـها ردود فعل عنيفة ضد هذه الأحكام . الأمر الذي نتج عنه خوف هذه المحـاكم من خوض غمار التَجربة مرة ثانية(٦٦).

إلا أن نشأة الدولة الاتحادية الأمريكية وقيامها على أساس اتحـادي ، وما ترتب عليه من كتابة الدستور الاتحادي الجامد وتعلق شـعب الاتحـاد بالدستور ، كل ذلك قـد سـاعد المحـكمة الاتحـادية الأمريكية على إعادة المحاولة لاسيما وأن بعض نصوص الدستور الاتحادي توحي بحق القـضاء في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين . ومن ذلك نص الفقرة الثانية من

المادة السادسة التي تقـول " إن هذا الدسـتور وقـوانين الولايات المتحـدة الصادرة وفقاً له . وكل المعاهدات المعقودة أو التي ستعقـد في ظل سـلطة الولايات المتحدة ، ستكون هي القانون الأساسي ، والقـضاة في كل الولايات يتقيدون بذلك ، بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دسـتور الولايات أو قـوانينها " . وكذلك نص الفقـرة الثانية من المادة الثالثة الواردة في بـيان الاختصاص القضائي التي تقول " ان الوظيفة القضائية تمتد إلى كل القضايا المتعلقة بالقانون أو العدالة ، التي تثار في ظل هذا الدستور"(٦٧).

وكان حكمها الصادر في قضية Marbory v. Madison الصادر عام ١٨٠٣ بداية الطريق الذي استطاعت المحكمة الاتحادية العليا أن تحـدد فيه أساس هذا الحق ومداه ، إذ أوضحـت أن وظيفة القـاضي هي تطبـيق القانون وعند تعارض القوانين فإن وظيفة القاضي توجب عليه تحديد القانون واجب التطبيق بحيث إذا ما تعارض تطبيق القانون العادي مع نص دستوري تعين تغليب النص الدستوري ، والامتناع عن تطبـيق القـانون العادي لأن الدستور هو القانون الأساسي المنظم للسـلطات الثلاث في الدولة مما يحـتم على هذه السلطات التزام حدود اختصاصها حسبما رسمها الدستور الذي يعد تعبيراً عن إرادة الأمة صاحبة السيادة العليا ، والقاضي عندما يقوم بذلك لا يمارس أكثر من مهمته العادية في ترجيح القواعد القانونية الواجبة التطبيق ، لذلك فقد ذكرت المحكمة الاتحادية العليا في حكمها : أن القانون الصادر من البرلمان خلافا لأحكام الدستور يعد باطلا لا اثر له . وبـالتالي يجب الامتناع عن تطبيقه(٦٨).

استمرت المحكمة الاتحادية العليا وسـائر المحـاكم الأمريكية تأكيد مبـدأ الرقابـة الدسـتورية وسـاعدها في ذلك تطور الظروف السياسـية والاقتصادية والاجتماعية تطوراً كبيراً منذ القرن التاسع عشر . واستطاعت المحكمة الاتحادية العليا من خلال التوسع في مفهوم الرقابة على الدستورية ، أن تؤدي دوراً أساسياً وخطيراً خلال مراحـل التاريخ الأمريكي المختلفة ، وأن تسهم بقسط كبير في تكوين القيم السياسية والاقتصادية التي يقـوم عليها المجتمع الأمريكي(٦٩).

وإذا كانت الولايات المتحدة الأمريكية تعد أول دولة أخذت بفكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، فإن هذه الفكرة قد انتقلت بعد ذلك إلى كثير من الدول ، فأخذت بها محاكم بعض الدول على الرغم من عدم وجود نص يعطيها هذا الحق ، ومن ذلك محكمة النرويج العليا سنة ١٨٩٠ ، ومحكمة كريستيانا العليا سنة ١٨٩٣ ، ومحكمة اربوباج اليونانية سنة ١٩٠٤ ، ومحكمة النقض الرومانية سنة ١٩١٢ ، كما نصت بعض الدول على هذه الرقابة صراحة في دساتيرها ، ومن ذلك الدستور السويسري الصادر في سنة ١٨٧٤ ، ودستور النمسا الصادر في سنة ١٩٢٠ ، ودستور رومانيا الصادر في سنة ١٩٢٣ ، والقانون الأساسي العراقي الصادر في سنة ١٩٢٥ ، ودستور جمهورية مصر العربية الصادر في سنة ١٩٧١ ، ودستور مملكة البحرين الصادر في سنة ٢٠٠٢(٧٠).

ثالثاً : مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين ولا مركزيتها.

جرت الأنظمة الدستورية للدول التي تأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين على الأخذ بأحد النظامين:

١- نظام لا مركزية الرقابة القضائية.

في هذا النظام تستطيع أي محكمة في الجهاز القضائي للدولة أن تمارس الرقابة على دستورية القوانين مهما كانت درجتها في السلم القضائي، وتستند الدساتير التي تنص على هذا النوع من الرقابة على أن الرقابة على الدستورية ما هي إلا جزء من الوظيفة الأصلية للسلطة القضائية ، والتي تتمثل في تطبيق حكم القانون الواجب ، عند تعارض القوانين ، بحيث إذا تعارض قانون عادي مع نص دستوري فتكون مهمة القاضي وواجبه الفصل في ذلك النزاع في ضوء القانون الأعلى وهو النص الدستوري(٧١).

ومن أمثلة الدول التي تأخذ بهذا النوع من الرقابة على الدستورية، الولايات المتحدة الأمريكية(٧٢)، إذ يمكن لأي محكمة مهما كانت درجتها، ممارسة الرقابة على دستورية القوانين. وذلك على أساس التنظيم القضائي الأمريكي، فالمحاكم الاتحادية تراقب دستورية القوانين الصادرة في الولايات وتراقب كذلك دستورية قوانين الكونكرس الاتحادي، فيما يخص محاكم الولايات، فانها تمارس الرقابة على دستورية القوانين التي تصدرها الهيئات التشريعية للولايات بالنسبة لدساتيرها المحلية دون القوانين التي تسنها الهيئة التشريعية الاتحادية. إلا أن تمكين المحاكم جميعها من ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، لا يعني أن تكون تلك المحاكم – على اختلاف درجاتها – متمتعة بالحرية أو السلطة التقديرية المطلقة في نظر مدى دستورية العمل الخاضع للرقابة، بل أن المرجع الأخير – برغم ذلك – يتركز في المحكمة الاتحادية العليا، إذ انها تتحمل عبء تحديد الاتجاهات الأساسية والقواعد المهمة التي تسير بقية المحاكم الأدنى درجة على هديها عند ممارستها للرقابة على دستورية القوانين، وذلك بهدف منع التضارب بين تلك المحاكم المتعددة، التي قد تتضارب الأحكام الصادرة عنها باختلاف وجهات نظر قضاتها وتقديرهم للدستورية أو عدمها، الأمر الذي يؤدي إلى اضطراب النظم القانونية في الدولة وكذلك يخل باستقرار الأحكام القضائية(٧٣).

٢- نظام مركزية الرقابة القضائية.

على خلاف الأسلوب اللامركزي في رقابة دستورية القوانين، هناك أسلوب آخر يجعل الرقابة في يد محكمة واحدة محددة، وذلك نظراً لأهمية الدور الذي يتولاه القضاء في رقابته لدستورية القوانين، وهذه المحكمة قد تكون هي المحكمة العليا في النظام القضائي العادي، كما هو الحال في سويسرا إذ نصت المادة (٣/١١٣) من الدستور السويسري الصادر في ٢٩ مايو ١٨٧٤ على أن " تختص المحكمة الاتحادية وحدها بناءً على طلب ذوي الشأن ببحث دستورية القوانين وتمتنع عن تطبيق المخالف منها للدستور

الاتحادي ودساتير الولايات المختلفة وهي تباشر هذا الاختصاص إلى جانب اختصاصها القضائي المدني والجنائي"(٧٤).

وقد يعهد بمهمة الرقابة إلى محكمة دستورية متخصصة منشأة خصيصاً لهذه الغاية ، كما هو الحال في مصر في ظل دستور ١٩٧١ النافذ (م ١٧٤) ، وكما هو الحال في العراق في ظل القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ (م ٨١) ، ودستور ١٩٦٨ المؤقت(م ٨٧)، وقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ (م٤٤) ، ودستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ حالياً (م ٩٣).

ونحن نؤيد تفضيل بعض الكتاب لهذا النوع من الرقابة –مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين – ، وذلك لما يتميز به هذا النظام ، إذ انه يتجنب ما يؤدي إليه النظام اللامركزي من إشاعة القلق وعدم الاستقرار في المعاملة القانونية ، إذ قد تقرر احدى الجهات القضائية عدم دستورية قانون معين ، بينما تقرر جهة قضائية اخرى دستورية القانون نفسه. كما اننا نؤيد تفضيلهم في أن يعهد بالرقابة إلى محكمة دستورية متخصصة تنشأ لهذا الغرض ، لأن وضع المحكمة الدستورية خارج نطاق السلم القضائي من شأنه أن يقضي على كثير من المشاكل التي يثيرها تعرض السلطة القضائية العادية لأعمال السلطة التشريعية ، لا سيما في ظل الأنظمة التي تقوم على الفصل التام بين السلطات ، أو التي تجعل للسلطة التشريعية السيطرة على باقي السلطات في الدولة(٧٥).

رابعاً : أساليب تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تختلف الدول في تحديد الأسلوب الذي يتم بوساطته تحريك الدعوى بعدم دستورية قانون معين امام الجهة القضائية المختصة . ويمكن التمييز في هذا الشان بين أسلوبين من أساليب تحريك الرقابة القضائية : أسلوب الدفع الفرعي ، وأسلوب الدعوى الأصلية.

١ – أسلوب الدفع الفرعي.

تتطلب بعض الدول رفع دعوى فحص الدستورية امام الهيئة القضائية المختصة عن طريق دفع فرعي . فهذه الطريقة لا تتضمن إقامة الدعوى على القانون المشكوك بدستوريته ، وانما يتضمن التخلص من تطبيقه على شخص معين في دعوى أقيمت امام محكمة اعتيادية (مدنية أو جزائية او ادارية) . فيدفع المدعى عليه بعدم دستورية القانون الذي تستند اليه طلبات المدعي والعكس صحيح ، ويكون عن طريق استناد المدعى عليه بعدم تنفيذ التزاماته مقابل قانون ما فيدفع المدعي بعدم دستورية ذلك القانون . فإذا ظهر للمحكمة من فحصها للقانون من أنه يتعارض مع أحكام الدستور أهملت حكمه وأمتنعت عن تطبيقه ، وفصلت في الدعوى تبعاً لذلك بما فيه صالح المتهم أو المدعى عليه(٧٦). دون أن تصدر حكماً بإلغاء القانون المخالف للدستور في حالة ما إذا كان النظام الدستوري في الدولة يأخذ بمبدأ لا مركزية الرقابة (كما في الولايات المتحدة الأمريكية) ، وأوقفت الفصل في الدعوى لحين صدور حكم من المحكمة المختصة بشأن القانون المتنازع على دستوريته في حالة ما إذا كان نظام مركزية الرقابة هو المطبق (أخذ المشرع المصري بهذا الأسلوب فيما يخص المحكمة الدستورية العليا التي أنشأها بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩).(٧٧)

٢ – أسلوب الدعوى الأصلية.

إن تحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين يتم في هذه الحالة عن طريق دعوى يقيمها الافراد أو بعض الهيئات في الدولة على القانون الذي يعتقد انه يناهض أو يخالف الدستور . فهناك ،إذاً دعوى لا تقام من فرد (أو هيئة) على فرد اخر وانما من قبل فرد (أو هيئة) على قانون معين بسبب مخالفته للدستور ، فالمدعي هو فرد (أو هيئة) والمدعى عليه ، ان صح التعبير ، هو القانون المشكوك في دستوريته (٧٨). ويعد هذا الأسلوب ذا

طابع هجومي في نطاق الرقابة على دستورية القوانين ، إذ يمكن لمن له مصلحة جدية مهاجمة القانون و الطعن فيه بشكل مباشر امام محكمة محددة طالباً إصدار حكم بإبطاله(٧٩).

ويترتب على الحكم في النزاع المعروض بوساطة الدعوى الأصلية بعدم الدستورية في مواجهة قانون معين ، عندما يثبت للمحكمة المختصة عدم دستوريته ، أن تقضي بإلغائه ، ويكون للحكم حجية مطلقة و عامة ، وملزماً لجميع المحاكم و السلطات العامة . كما ان ذلك الحكم بالإلغاء يمنع إثارة المسألة الدستورية مرة أخرى في الموضوعات التي ينظمها القانون المطعون ضده(٨٠).

إن هذه الدعوى الأصلية المباشرة قد تقام امام محكمة اعتيادية ، وعادة ما تحتل هذه المحكمة أعلى درجة من درجات السلم القضائي في الدولة ، وقد تقام امام قضاء متخصص ، أي محكمة دستورية متخصصة في النظر في هذا النوع من الدعاوى(٨١).

وهذان الأسلوبان من أساليب تحريك الرقابة القضائية (أسلوب الدفع الفرعي ، وأسلوب الدعوى الأصلية) ، وان كانا أكثر شيوعاً إلا انهما ليسا الأسلوبين الوحيدين . ففي الولايات المتحدة الأمريكية (مهد الرقابة القضائية بأسلوب الدفع الفرعي) توجد أساليب اخرى لتحريك الرقابة القضائية أهمها أسلوب أوامر المنع (الأمر القضائي) ، وأسلوب الأحكام التقريرية (الإعلان القضائي).(٨٢)

وأوامر المنع كما يعرفها Mayers هي " أوامر قضائية تتخذ صيغة النهي الصريح ، وتوجه إلى شخص ما لإنذاره بانه إذا استمر في نشاط خاطئ معين ، أو إذا باشر نشاطاً خاطئاً يوشك أن يقوم به ، فإنه فوق التزامه بالتعويض يتعرض للعقاب على أساس ارتكابه فعل إهانة القضاء"(٨٣).

ومقتضى ذلك أن الفرد الذي يرى أنه قد يلحقه ضرر من قانون معين أن يلجأ إلى القضاء طالباً إصدار أمر قضائي بوقف تنفيذه لعدم دستوريته ، فإذا ثبت للمحكمة أن القانون غير دستوري أصدرت أمرا قضائياً إلى

الموظف المختص بـــالتنفيذ بـــالامتناع عن تنفيذ هذا القـــانون . وعلى هذا الموظف ان يمتثل لأمر المحكمة و الا عدّ مرتكباً لجريمة إهانة القضاء و التي تكون عقوبتها الحبس أو الغرامة(٨٤).

وعلى هذا فالأمر القضائي هو في حقيقته إجراء يســمح للفرد بـــان يهاجم القانون قبل تنفيذه تأسيساً على أنه غير دستوري . كما انه قد يبـــدو في صورة أخرى إيجابية قوامها أن المحكمة بــناءً على طلب شـــخص – إذا ما تأكدت من صحة إدعائه – تصدر أمراً إلى أحـــد موظفي الســلطة التنفيذية بإنجاز عمل لصالح ذلك الشخص (رد رسم أو ضريبة محصلة بـــدون وجه حق إلى ممول بناءً على قانون قضت المحكمة بعدم دستوريته)(٨٥).

اما أسلوب الحكم التقريري (الإعلان القضائي) كأســلوب للرقابـــة القضائية ، فيفترض أن فرداً يلجأ إلى المحكمة طالباً إصدار حـــكم ما إذا كان قـــانون يراد تطبيقـــه عليه دســـتورياً ام غير دســـتوري ، عندئذ يتعين على الموظف المختص بالتنفيذ التريث إلى أن تصدر المحكمة حكمها ليحدد موقفه من هذا القانون ، اما أن يكمل التنفيذ إذا أقر القضاء بدســـتوريته أو يمتنع عن تنفيذه إذا قضت المحكمة بعدم دستوريته(٨٦).

المطلب الثاني : وظائف القضاء الدستوري في دولة القانون.

تعد رقابـــة القـــضاء الدســـتوري الضمان الحقيقـــي لنفاذ القـــاعدة الدستورية، فالقضاء الدستوري هو الحارس الأمين لبوابة الشرعية في دولة القانون ، وهو الحامي للنظام الديمقراطي وسيادة الدســـتور ، وهو الضمانة الكبرى لحـــماية حقـــوق الافراد وحـــرياتهم وعدم الافتئات عليها من قبـــل السلطات الحـــاكمة . وعليه فان أهم وظائف القـــضاء الدســـتوري في دولة القانون ، هي:–

أولاً : حماية مبدأ المشروعية.

مبدأ المشروعية يدعو إلى ضرورة احترام القواعد القانونية القائمة ، وذلك بان تكون تصرفات السلطات العامة جميعها في الدولة متفقة وأحـــكام

القانون بمدلوله العام ، ســـواء أكانت هذه الســلطات تشـــريعية أم تنفيذية أم قضائية . ووفقاً لهذا المبدأ ، يعتبر الدستور أساساً للشرعية في الدولة وقمتها ، فهو أصل كل نشـــاط قـــانوني يمارس داخل الدولة ، لذلك فهو يعلو على هذه الأنشطة جميعاً ، وهو القاعدة الأساسية التي يرتكز عليها النظام القـــانوني ، وما دام هو الذي ينشئ السلطات العامة وينظم اختصاصاتها ، فلابـــد أن يعلو عليها . ولابد ايضاً أن يقرر أن أي عمل يصدر عن أي من الســلطات العامة ليست له أية قيمة قانونية إذا كان خارجاً عن الإطار الدســتوري المنظم لهذه السلطة(٨٧).

وان مبدأ المشروعية بإخضاعه الحكام والمحكومين للقـــانون ، إنما يمثل في الواقع ضمانة مهمة لحقوق وحريات الافراد ، إذ ان هذا المبدأ يلزم السلطات كافة في الدولة – وبصفة خاصة السلطتين التنفيذية والتشـــريعية – بمراعاة الدستور في تصرفاتها كافة ، بحيث انه إذا لم تلتزم هاتان السلطتان بالقواعد الدستورية واعتدت على حقوق وحريات الأفراد ، هنا تأتي الرقابة القضائية لتحمي حقوق وحريات الأفراد ، إذ يســـتطيع هؤلاء الأفراد اللجوء للقضاء ، لإزالة هذا الاعتداء من جانب الســلطتين التشـــريعية والتنفيذية ، وبصفة خاصة القضاء الدستوري، إذ ان " الرقابة على دستورية القوانين هي المظهر الحقيقي لحماية الشرعية ، فهي التي تكفل تقـــييد الســلطات العامة بقواعد القانون " (٨٨). فالرقابة على دســتورية القـــوانين بـــوجه عام هي الوسيلة لكشف مخالفة التشريعات للدستور أو عدم مخالفتها له ، وهي بـــذلك تتصف بأهمية كبيرة في إقامة البناء القانوني وتوكيد الشرعية الدستورية . إذ أن مبدأ المشروعية يصبح عديم القيمة وفارغاً من أي مضمون ما لم يتقـــرر جزاء على مخالفات سلطات الدولة المختلفة للقانون (٨٩). وهذا الجزاء إنما يكون بوساطة هيئة قضائية يتعين أن يتوفر لها كل ضمانات الاستقلال(٩٠).

نخلص من ذلك أن مبدأ المشـــروعية الذي يعد عنصراً من عناصر دولة القانون ، لا ينتج أثره ولا يحقق فاعليته إلا بوجود قضاء دســتوري – الذي يعد صمام الأمان في الدولة – يضمن حماية القواعد القانونية المقـــيدة

للسلطات العامة و المحددة لنشاطها . ذلك انه برقابة هذا القضاء تصبح القواعد القانونية قيداً حقيقياً على السلطات العامة ، بحيث إذا ما خولفت تلك القواعد ، أمكن للقضاء ردها إلى جادة الصواب ووضع الأمر في نصابه الصحيح ، وبهذه الوسيلة تسلم القواعد القانونية من محاولة العبث بأحكامها ويستقيم النظام القانوني في الدولة . ونصل بذلك إلى حماية حقوق الافراد وحرياتهم . فتترجم بالنهاية فكرة دولة القانون على ارض الواقع(٩١).

ثانياً : حماية النظام الديمقراطي.

ان القول بان الهيئة التشريعية قد تأتي احياناً بتصرفات استبدادية أو انها توافق على قوانين منافية للحرية ، قد يبدو غريباً للوهلة الأولى . ولكننا إذا انتقلنا بنظرنا إلى الناحية الواقعية العملية يتبين لنا من الشواهد ما يثبت صحة هذا القول . فالواقع اننا نجد في الدول الديمقراطية أن الأغلبية البرلمانية (أي حزب الأغلبية) هي التي تحكم ، ومعلوم أن النزعة الحزبية لدى الأغلبية كثيراً ما تنتهي بأصحابها إلى إتيان أعمال استبدادية لسحق المعارضة ، ثم أن تلك الأغلبية ذاتها (التي تقوم بمهمة الحكم) انما تخضع في الواقع لعدد ضئيل من الزعماء ، أو لسلطان عدد صغير من أصحاب النفوذ الكبير ، وهنالك دول – كما يقول الفقيه – Jeze نجد أن برلماناتها قد خضعت لزعيم دكتاتور ، إلى حد اننا نجد القانون لا يعبر في الواقع عن إرادة أغلبية النواب ، "وإنما يعبر عن إرادة الزعيم الدكتاتور"(٩٢).

وما دام الأمر قد انحصر في عدد محدود من الأرادات الفردية ، فلا يمكن الحديث إلا عن الطبيعة البشرية ونزعتها إلى الاستبداد بالسلطة ، ويقول Gefferson في ذلك : " إن الثقة بنواب الأمة تكون وهماً خطيراً إذا كانت ستسكت مخاوفنا على حقوقنا ، وقد أثبتت الثقة في كل مكان أنها قرينة الاستبداد ، فيجب إلا تبنى الحكومة الديمقراطية على تلك الثقة ، وإنما على الشك والحذر . فلنتجنب في مسائل الحكم والسياسة كل حديث عن الثقة بالإنسان ، ولنعمل بدلاً من ذلك على تقييده بالدستور " (٩٣). فما هو ذلك

القيد الذي يمكن أن يقيد السلطة التشريعية بالدستور ، وما هو هذا الضمان الذي يمنع هذه السلطة من الاستبداد ومن أن تكون هي دكتاتورية برلمانية ؟ إن ذلك يكمن في الرقابة الفعالة على دستورية القوانين لاسيما الرقابة القضائية ، فهي التي تقف بالمرصاد للمشرع وتراقبه وتضعه في إطاره المحدود ، وهي ضمان مهم للحيلولة دون استبداده(٩٤).

ان سيادة البرلمان البعيدة عن الرقابة الدستورية فكرة بالغة الخطورة، إذ لا يمكن أن ننسى ان النظام النازي انشئ وفقا لإجراءات مطابقة للدستور ، وان البرلمان الالماني هو الذي أوقف الحريات . ومع ذلك ، فإن مهمة القضاء الدستوري لا تهدف إلى التقليل من سيادة البرلمان ، وإنما تهدف إلى التحقق من أنه كان يعمل في النطاق الذي سمح به الدستور ، وأن كلمة الشعب صاحب السيادة عبر عنها نوابه أصدق تعبير وذلك في ظل دولة القانون(٩٥).

ثالثاً : ضمان احترام الحقوق والحريات العامة.

ليس كافيا ، لضمان حقوق وحريات الفرد أن يعترف بها اعترافا رسمياً أو نظريا فحسب ، ذلك أن إعلانات الحقوق والدساتير المقررة للحقوق والحريات العامة ، تكملها التشريعات التي تتولى وضع القواعد التنفيذية للنصوص الدستورية المقررة للحق أو الحرية . اما الأنظمة التي تقتصر على الإعلان الشكلي عن وجود حقوق وحريات فردية للمواطن ، من دون ان تتولى التشريعات تنفيذ هذا الإقرار الدستوري بكفالة هذه الحقوق والحريات ، انما هي أنظمة تعجز عن تحقيق تمتع المواطن بحقوقه وحرياته الفردية(٩٦).

ويتكون النظام القانوني للحريات العامة من مراتب ثلاث من النصوص القانونية.

١- **النصوص الدستورية** : وهي التي ترسي مبادئ الحقوق والحريات الفردية ، وتقررها على نحو يكفل تمتع الافراد بها في دولة القانون.

٢- **النصوص القانونية** : وهذه تنفذ النصوص الدستورية وتتطابق معها في مضمونها . والأصل إلا يخرج دورها عن الدور المنفذ لإرادة السلطة التأسيسية القائمة بوضع الدستور . وهو ما يتبدى في تكملة النصوص الدستورية بوضع بعض الإجراءات المنظمة لممارسة الافراد لحرياتهم وحقوقهم في المجتمع ، مع كفالة هذه الحريات في حدودها المقررة دستوريا .

٣- **النصوص اللائحية** : وهذه تضعها الإدارة من اجل تحقيق أغراض الضبط الإداري . وهذه النصوص تفرض قيوداً على ممارسة الافراد لحرياتهم من أجل تحقيق النظام العام والحفاظ على الصحة العامة والسكينة العامة . إلا ان هذه الأعمال الإدارية ليست صالحة إلا إذا أمتثلت للقوانين ، وهذه بدورها تفقد صحتها ، إذا لم تتطابق مع الدستور الذي يغدو هكذا الضابط الأساسي . ومن جماع هذا الشمل من النصوص القانونية ، يتألف النظام القانوني للحقوق والحريات العامة في النظام الدستوري(٩٧). وجدير بالذكر ، ان وجود هذه القواعد القانونية ، يفترض ابتداء قيام دولة القانون وهي الدولة التي تتقيد بجميع مظاهر نشاطها بحكم القانون . فقيام دولة القانون هو شرط لا غنى عنه لقيام الحرية في أي مجتمع وضروري لممارسة هذه الحرية بصورة تكفل تمتع الافراد بها(٩٨).

والمشكلة تثور عندما يمارس البرلمان سلطته التشريعية ليرسي القواعد القانونية المنفذة لإرادة السلطة التأسيسية والمكملة للنصوص الدستورية فإذا به لا ينفذ إرادة تلك السلطة ، ويخالف هذه النصوص . كذلك تثور المشكلة ، حينما ينظم الدستور حرية من الحريات أو حقاً من الحقوق العامة ، ويعطى للمشرع (البرلمان) السلطة التقديرية للتدخل ، بتنظيم كيفية ممارسة هذا الحق وطرائق استخدام تلك الحرية ، فإذا خرج البرلمان عن الحدود الدستورية ، وأورد قيوداً على الحق أو الحرية تحول دون التمتع بها ، أو على الاقل تجعل ممارستها امراً يشق على المواطنين ، فانه بذلك يفرغ النص الدستوري الكافل للحرية من محتواه(٩٩).

ومن هنا نشأت الحاجة إلى حماية حقوق الافراد وحرياتهم في مواجهة التشريع . وكان القضاء الدستوري هو الضمانة الفعلية الكبرى لحماية هذه الحقوق والحريات وعدم الافتئات عليها من قبل السلطات

الحاكمة. وقد أثبتت التجارب ان أية رقابة على دستورية القوانين لا يسهم فيها المواطن إلى جانب الأجهزة السياسية أو القضائية تخرج عن نطاق الشرعية الديمقراطية المكلفة بمنع الاعتداء على الحقوق والحريات العامة المقدسة للفرد بواسطة ما تصدره السلطة التشريعية من قوانين غير دستورية ، كما يخل ذلك بمبدأ التوازن المستهدف تحقيقه فيما بين السلطة والحرية في المجتمع . وهو ما يهدد هذا الاخير بالانهيار(١٠٠).

وإذا كانت الرقابة القضائية على دستورية التشريعات ضمانة مهمة لحماية حريات الافراد في الظروف العادية فانها ضرورة حتمية لحماية هذه الحريات في الأوقات الاستثنائية التي تسود فيها إرادة الإدارة ، ويفسح امامها المجال للاستبداد ، ومهما تكن الظروف الاستثنائية التي تمر بها الدولة فانه ينبغي إلا تتخذ من هذه الظروف ذريعة للعصف بكيان النظام الدستوري أو النظام القانوني لها(١٠١).

وليس هذا كلاماً نظرياً بل ان التجارب التي مرت بها الدول الآخذة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين تؤكد ان القضاء الدستوري – سواء أكان متخصصاً أم غير متخصص – قد أدى ولا يزال يؤدي دوراً حيويا في حماية الحقوق والحريات العامة للافراد . ففي الولايات المتحدة الأمريكية ، أدت المحكمة الاتحادية العليا – قضاء دستوري غير متخصص – دوراً بارزاً في حماية حقوق الملونين وتحقيق مبدأ المساواة . كما كان القضاء الدستوري المصري خير سياج للحريات والحقوق العامة للافراد ، كما أثر تأثيراً ايجابياً من خلال أحكامه الدستورية على جوانب الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية في مصر .

هوامش الفصل التمهيدي

١- د. ثروت بدوي ، الدولة القانونية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث ، السنة الثالثة ، ١٩٥٩، ص٢٨ ، وانظر د. محمد أحمد عبد النعيم ، شرط الضرورة امام القضاء الدستوري (دراسة تحليلية مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ١

٢- انظر د. سام دله ، دولة القانون الضرورة والمقدمة للشروع في التنمية ، http://www.mokarabat.com2005 ص١.

٣- انظر د. منير حميد البياتي ، الدولة القانونية والنظام السياسي الاسلامي ، (دراسة دستورية شرعية وقانونية مقارنة) ، ط١ ، الدار العربية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٩ ، ص٦٧

٤- د. احسان حميد المفرجي ، و د. كطران زغير نعمة ، و د. رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ١٦١.

٥- انظر د. ابو اليزيد علي المتيت ، النظم السياسية والحريات العامة ، ط ٣ ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية، ١٩٨٢ ، ص ٢٧

٦- انظر د. منير حميد البياتي ، الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي ، مرجع سابق ، ص٦٨

٧- انظر د. يحيى الجمل ، هانز كلسن .. الأب الروحي للقضاء الدستوري ، مجلة الدستورية ، العدد الاول ، السنة الاولى ، يناير ٢٠٠٣ ، ص ٥٤

٨- انظر د. أحمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ٤١ هامش (٢).

٩- انظر د. فؤاد العطار ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ج١ ،

دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٥ – ١٩٦٦،ص ص ٢٣١ – ٢٣٢.

١٠– انظر د.رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية ، ط١ ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٢

١١– انظر د. سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٥ ، ص ١٦١

١٢– انظر د. أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس– لبنان ، ٢٠٠٢ ، ص ٨٦

13–Burdeau (G.); Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 13eme Ed., Paris, 1968,P.77

١٤– انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، قضاء الدستورية في مصر في ضوء قانون أحكام المحكمة الدستورية العليا، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ١٨

١٥– انظر د. ابراهيم عبد العزيز شيحا ، القانون الدستوري ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص١٧٥ هامش (١)، و د. محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص ١١١

١٦– انظر د.عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص٦٠

١٧– انظر د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٩٥، ص ١٩

١٨– انظر د.عبد الله اسماعيل البستاني، مذكرات أولية في القانون الدستوري، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٥١،ص ١٨٠

١٩- انظر د. حميد الساعدي ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، مطابع دار الحكمة ، الموصل ، ١٩٩٠، ص١٢١
٢٠- انظر د. ثروت بدوي ، القانون الدستوري وتطور الأنظمة السياسية في مصر ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧١ ، ص٩٧
٢١- انظر المرجع السابق نفسه ، ص ٩٧ ، و د. محمود حلمي ، المبادئ الدستورية العامة ، ط٦ ، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص١٩
٢٢- انظر د. عبد الحميد متولي ، الوجيز في النظريات و الأنظمة السياسية ومبادئها الدستورية ، دار المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٥٨ - ١٩٥٩ ، ص ٢٩١
٢٣- انظر د. ابراهيم عبد العزيز شيحا ، القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص١٨١
٢٤- انظر د. عزيزة الشريف ، الرقابة على دستورية التشريع ، مرجع سابق ، ص ٢٠
٢٥- انظر د. نوري لطيف ، القانون الدستوري ، ط١ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص٢١٦ ، و د. عثمان خليل ، القانون الدستوري ، الكتاب الاول في المبادئ الدستورية العامة ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٦، ص٣٦
٢٦- انظر د. السيد صبري ، النظم الدستورية في البلاد العربية ، معهد الدراسات العربية العالية ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص١٤٥ ، ولنفس المؤلف ، الرقابة على دستورية القوانين ، بحث مقدم إلى المؤتمر الرابع للمحامين العرب المنعقد ببغداد من ١١/٢٦ إلى ١٩٥٨/١١/٣٠ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٨ ، ص٧.
٢٧- انظر د. ابراهيم عبد العزيز شيحا ، القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص ص ١٨٥ -١٨٦ ، و د. السيد صبري ، مبادئ القانون الدستوري ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٤٩ ، ص٢١٩.

٢٨- انظر د. مصطفى محمود عفيفي ، الوجيز في مبـــادئ القـــانون الدستوري و النظم السياسية المقـــارنة ، الكتاب الاول - المبـــادئ العامة للقانون الدستوري - ، ط٢ ، بدون ذكر مكان وسنة الطبـــع ، ص ٩١

٢٩- انظر د. ثروت بدوي ، النظم السياســـية ، الجزء الاول ، النظرية العامة للنظم السياسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ١٣٦

٣٠- الا ان د. ثروت بدوي في بحثه الموسوم بـــ " الدولة القانونية " ، ذهب إلى التفرقة بين مبدأ " سيادة القانون " ومبـــدأ " خضوع الدولة للقـــانون " حـــيث يعني هذا الاخير - من وجهة نظره - ، خضوع جميع الســـلطات في الدولة للقـــانون وتقـــييد الادارة على الاخص بالقوانين و اللوائح ، في حين ان مبدأ سيادة القانون ينبع - حسب رأيه - عن فكرة سياسية تتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة وتهدف إلى وضع الجهاز التنفيذي في مركز أدنى بالنسبة للجهاز التشريعي، وهو بذلك يعد ضيقا لاستهدافه السلطة الادارية في الدولة فقط. انظر د. ثروت بدوي ، الدولة القانونية ، مرجع سابق ، ص ٥٦

٣١- انظر د. أحمد عبد الوهاب السيد ، الحـــماية الدســـتورية لحـــق الانسان في قضاء طبيعي ، مؤسسة بـــيتر للطبـــاعة ، ٢٠٠٢ ، ص ١٩٢

٣٢- ينظر المرجع السابق نفســـه ، ص ٢٠٩ ، و د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشـــروعية وضوابـــط خضوع الادارة للقـــانون ، ط٣ ، دار النهضة العربية، ١٩٧٦ ، ص ٤

٣٣- ينظر د. شحاتة أبو زيد شحاته ، مبـــدأ المســـاواة في الدســـاتير العربية ، مطابع Press القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٤٦٣

٣٤- انظر د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة والأســـس العامة للتنظيم السياسي ، الكتاب الثاني ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص ٢٠٢.

35–Duverger (M.) ; Institution Politiques et Droit

Constitutionnel, Paris , 1975, P.206

٣٦- انظر د. عبد الحميد حسن محمد ، حماية الحقوق والحـــريات في أحكام المحكمة الدستورية العليا ، رســـالة دكتوراه مقـــدمة إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ، ١٩٩٩ ، ص ١٢٨ – ١٢٩

٣٧- انظر د. ثروت بدوي، الدولة القانونية ، مرجع سابـــق، ص٦٣-٦٤.

٣٨- انظر د. منير حميد البياتي ، الدولة القـــانونية والنظام السياســـي الاسلامي ، مرجع سابق ، ص ١٥١

39–Hauriou (A.) ; Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Paris , 1975 , P. 160

٤٠- انظر د. كريم يوسف أحمد كشاكش ، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة ، رسالة دكتوراه مقـــدمة إلى كلية الحقـــوق – جامعة القاهرة – ، ١٩٨٧ ، ص ص ٤٠١-٤٠٢

٤١- انظر , Perry (Tory D.); American Politics, 2nd Ed. , Mc Graw – Hill companies, U.S.A., 2000–2001, P.44; Philips (Hood), Constitutional and Adminstrative Law , 5th Ed. , Sweet and Maxwell , London , 1973 , P. 14

٤٢- انظر د. فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٠٥.

٤٣- انظر د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دســـتورية القـــوانين، مرجع سابق ، ص ١٤.

٤٤- انظر د. عادل الطبطبائي ، الحدود الدســـتورية بـــين الســـلطتين التشريعية والقضائية – دراسة مقارنة – ، مجلس النشـــر العلمي – جامعة الكويت – ، الكويت ، ٢٠٠٠ ، ص ١٠

٤٥- انظر د. كريم يوسف أحمد كشاكش ، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة ، مرجع سابق ص ص ٤٠١ – ٤٠٢ ، و د. صالح جواد الكاظم ، و د. علي غالب العاني ، الأنظمة السياسية ، مطابع دار الحكمة، بغداد ، ١٩٩٠ – ١٩٩١ ، ص ٦٧

٤٦- انظر د. سعد عصفور ، و د. محسن خليل ، القضاء الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، سنة النشر (بدون) ، ص ٧١

٤٧-انظر د. ثروت بدوي ، الدولة القانونية ، مرجع سابق ، ص٦٥

٤٨- انظر د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الاداري ، الكتاب الاول – قضاء الإلغاء – ، ط ٦ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٦، ص ٢٥ ،و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، الرقابة القضائية على اعمال الادارة في العراق و افاق تطورها ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد الرابع ، العددان الاول والثاني ، ١٩٨٥ ، ص١٦٤-١٦٥

٤٩- انظر د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري، الكتاب الثالث-قضاء التأديب- دار الفكري العربي، القاهرة، ١٩٨٧،ص١٥-١٨

٥٠- انظر د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، ط ٣، دار النهضة العربية ، ١٩٨٣ ، ص٤٥٥

٥١- انظر هاني الحوراني وحسين أبو رمان وايمن داود ياسين ، الاطار القانوني للبناء الديمقراطي في الأردن ، دار سندباد للنشر ، عمان – الاردن ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٧٧

٥٢- انظر د. أدمون رباط ، القانون الدستوري العام ، الجزء الثاني – النظرية القانونية في الدولة وحكمها – ، دار العلم للملايين ، بيروت، ١٩٧٠ ، ص ٤٧٤ و ص ٥١٨

٥٣- انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، قضاء الدستورية في مصر ، مرجع سابق ، ص ص ٣١ – ٣٢ ، و د. عبد الفتاح حسن ، مبادئ النظام الدستوري في الكويت ، دار النهضة العربية ، بيروت –لبنان ، ١٩٦٨ص ص ٦٩ – ٧١

٥٤- انظر د. منير حميد البياتي ، الدولة القانونية والنظام السياسي الاسلامي ، مرجع سابق ، ص ٤٥٢

٥٥- انظر د. صالح جواد الكاظم ، و د. علي غالب العاني ، الأنظمة السياسية ، مرجع سابق ، ص ٢٦ وما بعدها ، ونبيل عبد الرحمن حياوي ، دولة العراق الديمقراطية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٧ وما بعدها

٥٦-انظر د. ثروت بدوي ، النظم السياسية ، مرجع سابق ، ص٢٠٩

٥٧- انظر د. كريم يوسف أحمد كشاكش ، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة ، مرجع سابق ، ص ٥١٣

٥٨- ينظر المرجع السابق نفسه ، ص ص ٥١٣ - ٥٢٠ ، و د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي ، مرجع سابق ، ص ١٨٨

٥٩- نظر د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية - القضاء الدستوري في مصر - ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ، ١٩٨٨ ، ص١٠-١١ ، و د. عصمت عبد الله الشيخ ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣، ص٧

٦٠- انظر د. جابر جاد نصار ، الاداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ١٢٢

٦١- انظر د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مرجع سابق ، ص٨٣

٦٢- انظر د. طعيمة الجرف ، القضاء الدستوري ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ١٠٠ ، و د. عبد العزيز محمد سالمان ، نظم الرقابة على دستورية القوانين ، سعد سمك ، القاهرة، ٢٠٠٠ ، ص ص ٥٨-٥٩.

63–Carr (Robert K.); The supreme Court and Judicial Review , New York, 1942, P. 52.

٦٤- انظر د. حميد الساعدي ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، مرجع سابق ، ص ١٢٣

65–Dicey (A.V.); An Introduction to the Study of the Law of the constitution , 10th . Ed. , New York, 1968 , P. 165 Ogg (F.) and Ray (O.); Introduction to American Government , 10th . Ed. New York, 1951, P. 51

٦٦- انظر د. فتحي عبد النبي الوحيدي ، ضمانات نفاذ القواعد الدستورية ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة- ، ١٩٨٢ ، ص١٧٤ – ١٧٥.

٦٧- الدستور الأمريكي ، الموسوعة العربية للدساتير العالمية ، الصادرة عن مجلس الامة، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٦٨٠.

٦٨- انظر د. أحمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية و الاقليم المصري ، مرجع سابق ، ص ٣١ وما بعدها ، و د. حسن زكريا المحامي ، المحكمة العليا الامريكية – القسم الاول – ، مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد ١ السنة الخامسة ، حزيران ١٩٦٦ ، ص ٨- ٩وانظر

Burdeau (G.); Traite de Science Politique , T.4 , Paris, 1969 , P. 324; Laferiere (J.) ; Manuel de Droit Constitutionnel , Paris, 1947 , P. 320 et. Suiv.

٦٩- انظر د. طعيمة الجرف ، القضاء الدستوري ، مرجع سابق ، ص١٣٦

٧٠- انظر د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، مطبعة أوال ، البحرين ، ٢٠٠٣ ، ص ١١٠ ، ص ١١٢ – ١١٤، و د. محمد عبد العال السناري ، النظرية العامة للقانون الدستوري

والنظم السياسية المعاصرة – دراسة مقارنة – ، مطبعة الاســـزاء، القاهرة ، سنة النشر (بدون) ، ص ٢١٣ – ٢١٤.

٧١- انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، قـــضاء الدســـتورية في مصر ، مرجع سابق ، ص ٦١

٧٢- راجع في نظام لا مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية:

Cadart (J.);Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, T. 1, 2eme Ed.,Paris, 1979, P.166 et.suiv.

Prelot (M.) ; Institutions Politiques et Droit constitutionnel, Precis Dalloz , 1961 . P. 238 et. Suiv.

٧٣- انظر د. محمد فرج محمد الفقي ، الرقابة على دستورية القـــوانين في ليبيا (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس – ، ١٩٩٨ ، ص ٢٥

٧٤- نقلا عن د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دســـتورية التشريع ، مرجع سابق ، ص١٠٦

٧٥- انظر د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص ص ١٢٥ – ١٢٦ ، و د. محمد فرج محمد الفقي، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا ، مرجع سابق ، ص ٢٦

٧٦- انظر د. حسان محمد شفيق العاني ، الدســـتور ، مطبـــعة جامعة بغداد، بغداد ، ١٩٨١ ، ص ١٢٢

٧٧- انظر د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص ١٣٥

٧٨- انظر د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري – نظرية الدستور – ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨١، ص ٥٨.

٧٩-انظر

Laferriere (M.); Course de Droit Constitutionnel , Paris, 1947 – 1948 , P. 255

٨٠- ينظر د. عزيزة الشريف ، دراســة في الرقابــة على دســتورية التشريع ، مرجع سابق ، ص١٦٧

٨١- نظر د. احسان حــميد المفرجي ، و د. كطران زغير نعمة ، و د. رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القــانون الدســتوري و النظام الدستوري في العراق ، مرجع سابق ، ص ١٧٨

٨٢- ينظر د. منذر الشاوي ، معنى الرقابة على دستورية القــوانين ، مجلة القضاء ، العدد الاول ، السنة الخامسة و العشرون ، كانون ٢ – شباط – إذار ١٩٧٠ ، ص ٩ هامش (١).

83– Mayers ; The American Legal System , New York , 1955, P. 216

٨٤- انظر بدوي إبراهيم حمودة ، دراسة مقارنة في رقابة دســتورية القــوانين ، مجلة العدالة الإماراتية ، العدد ١٦ ، أكتوبــــر ١٩٧٧ ،ص ١١ ، و د. عبد الحميد متولي ، و د. سعد عصفور ، و د. محسن خليل ، القانون الدستوري و النظم السياسية ، القسم الثاني ، منشــأة المعارف ، الاسكندرية ، تاريخ النشر (بدون) ، ص ٥٦

٨٥- انظــر Burdeau (G.); Traite de Science Politique, Op. cit., P. 470 et. Suiv.

٨٦- انظر د. سعد عصفور ، القانون الدستوري ، القسم الاول – مقدمة القانون الدستوري – ، ط١ ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٥٤ ، ص ١٥٠

٨٧- انظر د. عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دســتورية القــوانين، مرجع سابق ، ص ١٣٤

٨٨- حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم ١١ لســنة ٥ قــضائية عليا دستورية ، جلسة ٣ أبــريل ١٩٧٦ ، مجموعة أحــكام وقــرارات المحكمة العليا ، ج ١ ، ص ٤٤٢

٨٩- انظر د. كريم يوسف أحمد كشاكش ، الحريات العامة في الأنظمة الدستورية المعاصرة ، مرجع سابق ، ص ٤٢٥

٩٠- انظر د. عبد الحميد متولي ، الحريات العامة – نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها – ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٥ ، ص ٩١

٩١- انظر د. فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات ، مرجع سابق ، ص ١٦٦

٩٢- انظر جيز : Jeze المبادئ العامة للقانون الاداري ، ط٣ ، باريس ، ١٩٣٠ . نقلاً عن د. عبد الحميد متولي ، الحريات العامة ، مرجع سابق ، ص ٩٣ هامش (١)

٩٣- انظر د. علي السيد الباز ، الرقابة على دستورية القوانين في مصر ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية- ، ١٩٧٨ ، ص ٧٠٨ هامش (٢).

٩٤- انظر د. عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ١٤١.

٩٥- انظر د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، ط ٢ ، دار الشروق ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص١٥٨

٩٦- انظر د. وجدي ثابت غبريال ، حماية الحرية في مواجهة التشريع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ – ١٩٩٠ ، ص ٩

٩٧-انظر المرجع السابق نفسه ، ص ١٠

٩٨- انظر د. شحاته ابو زيد شحاته ، مبدأ المساواة في الدساتير العربية ، مرجع سابق ، ص ٤٧٥

٩٩- انظر د. وجدي ثابت غبريال ، حماية الحرية في مواجهة التشريع ، مرجع سابق ، ص ١٣

١٠٠- انظر د. كريم يوسف احـــمد كشـــاكش ، الحـــريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة ، مرجع سابق ، ص ص ٣٠٠ - ٣٠١

١٠١- انظر د. سعد عصفور ، رقابة القضاء وضرورة حـــماية الفرد في الدولة الحديثة ، مجلة المحاماة ، العددان الثامن و التاسع ، الســـنة ٥١، أكتوبر ونوفمبر ١٩٧١ ، ص ١٣٥.

الفصل الأول

مفهوم الحكم بعدم دستورية
نص تشريعي وصوره

الفصل الأول

مفهوم الحكم بعدم دستورية نص تشريعي وصوره

المبحث الأول :

مفهوم الحكم بعدم دستورية نص تشريعي.

المطلب الأول :

تحديد المقصود بالحكم في مجال الرقابة الدستورية.

الحكم ، لغة ، القضاء وقد (حَكَم) بينهم يَحْكُم بالضم (حُكْماً) و (حَكَم) له و (حَكَم) عليه(١) . واصطلاحاً ، الحكم القضائي ، هو قرار صادر عن محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في خصومة رفعت إليها على وفق قواعد المرافعات سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة ام في شق منها أم في مسألة متفرعة عنها(٢).

والحكم الصادر في الدعوى الدستورية هو حكم قضائي صادر في دعوى قضائية ، وهو بهذه المثابة يخضع لقواعد نظرية الأحكام في قانون المرافعات المدنية ، شأنه شأن أي حكم قضائي، وذلك بما لا يتعارض وطبيعة الدعوى الدستورية . وتنتمي الدعوى الدستورية إلى طائفة القضاء العيني لتوجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري توصلاً للحكم بعدم دستوريتها ، أو إلى الحكم بدستوريتها وبراءتها من جميع المثالب وأوجه البطلان(٣).

والحكم في الدعوى الدستورية هو إعلان لفكر القاضي الدستوري إزاء المسالة الدستورية، يكون بأحد أمرين : إما رفض الطعن الموجه إلى النص التشريعي ومن ثم إقرار دستوريته ، وإما قبول الطعن والقضاء بعدم دستوريته . وهو حكم قطعي بصدوره تستنفذ المحكمة ولايتها بشأن ما فصلت فيه(٤).

والقاضي الدستوري في مجال رقابته لدستورية النصوص التشريعية المطعون عليها يقوم أولاً بتحديد المسألة الدستورية محل البحث إذ يشترط أن يكون الحكم في هذه المسألة لازماً للفصل في الطلبات المطروحة امام محكمة الموضوع وتفترض سلطة القاضي الدستوري عند تحديد المسألة الدستورية الاستيثاق من الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية قبل الخوض في عيوبها الموضوعية.

ثم تأتي بعد ذلك المرحلة الثانية التي يتصدى فيها القاضي الدستوري لبحث القانون – النص التشريعي – من الناحية الموضوعية لمعرفة مدى تطابقه أو تعارضه مع الدستور ، وذلك عن طريق تفسير النص التشريعي ، وتفسير النص الدستوري والمطابقة بينهما(٥). ولا يلزم أن يكون النص التشريعي ظاهر التعارض مع النص الدستوري ، إذ أن السلطة التشريعية ليست بالسذاجة بحيث يكون تعارض نصوص تشريعاتها مع الدستور واضحاً ، بل أن لديها من الوسائل ما يمكنها من إخفاء المخالفة.

وبغير الفحص الدقيق والتفسير العميق من جانب القاضي لا يتوصل إلى معرفة وجه المخالفة وبغير هذا لا تكون للرقابة الدستورية جدوى كبيرة.

والقاضي في قيامه بهذا التفسير لا يخرج عن مهمته القضائية والقانونية، ذلك أنه لا يفسر النص الدستوري بأفكاره وآرائه الشخصية وإنما لهذا التفسير أصول وضوابط يراعيها القاضي الدستوري(٦). وأخيرا تأتي مرحلة الفصل (الحكم) في المسألة الدستورية إذ يفصل القاضي الدستوري في ضوء مدى مطابقة التفسير الذي حدده للنص التشريعي مع التفسير الذي أعطاه للنص الدستوري . فإذا وجد أن النصوص التشريعية المطعون عليها مطابقة للدستور حكم برفض الدعوى الدستورية ، أما إذا كانت هذه النصوص غير مطابقة للدستور حكم بعدم دستوريتها(٧).

المطلب الثاني :

تحديد مدلول النص التشريعي في مجال الرقابة الدستورية.

لم يعد من المقبول القول بالفصل المطلق بين السلطات الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية) بحيث تقوم فواصل جامدة لا يمكن تعديها بين كل سلطة وأخرى ، وإنما المستقر عليه هو أن الفصل المقصود هو الفصل المحدود مع التعاون والرقابة المتبادلة ، وهذا أمر يقتضيه تسيير شؤون الدولة ويتحقق من خلال انسجام السلطات العامة فيها وتعاونها سوياً . ولهذا التعاون مظاهر مختلفة تتعدد بحسب طبيعة نظام الحكم في الدولة(٨). ولعل من أهم هذه المظاهر هو ما يتصل بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية في مجال التشريع ، وآية ذلك أن النظام الدستوري يسمح للسلطة التنفيذية في بعض الحالات أن تباشر أعمالا تدخل أصلا في اختصاص السلطة التشريعية ، وهو ما يتمثل في إصدار اللوائح وهي بطبيعتها – شأنها شأن القوانين – مجموعة من القواعد العامة المجردة التي يختص البرلمان في الأصل بسنها.

وفي هذه الصورة على وجه الخصوص تثور أهمية التمييز في الأعمال التشريعية بين العمل الصادر عن البرلمان ، وذلك الصادر عن السلطة التنفيذية ، ولحسم هذا الخلاف أثر مهم في مجال الرقابة القضائية على دستورية التشريعات ، إذ يتحدد به مجال هذه الرقابة ، وكذلك قواعد الاختصاص القضائي التي تحكم ولاية المحكمة بمناسبة الطعن في القوانين واللوائح لمخالفتها للدستو (٩).

وقد ظهر معياران فقهيان في شأن التمييز بين القوانين كأعمال تشريعية صادرة عن البرلمان، وبين اللوائح كأعمال تشريعية صادرة عن السلطة التنفيذية ، هما المعياران الشكلي والموضوعي:–

المعيار الشكلي :

ومن أشد أنصاره الفقيه الفرنسي(10) (Carre de Malberg)وطبقاً لهذا المعيار يجري التمييز بين القوانين كأعمال تشريعية صادرة عن البرلمان ، وبين اللوائح كأعمال تشريعية تصدرها السلطة التنفيذية ، وذلك بالنظر إلى الجهة مصدرة العمل بصرف النظر عن مضمونه ، وتبعاً لذلك يعد العمل التشريعي الصادر عن البرلمان قانوناً، سواء أكان منشئاً لمراكز قانونية عامة ، كقوانين تنظيم أوضاع العاملين أم كان متعلقاً بمراكز قانونية خاصة، أم بمجالات فردية كالقوانين الخاصة بمنح التزامات المرافق العامة ومنح الاحتكارات. ويكون العمل التشريعي الصادر عن السلطة التنفيذية بما فيه من قواعد قانونية بمثابة لائحة، ولا يتعدى هذه المرتبة بحال. والمعيار الشكلي بمعناه الواسع ليس معياراً عضوياً فقط، يقصر عنايته على النظر إلى الجهة التي أصدرت العمل، وإنما يهتم كذلك بالشكل الذي يصدر فيه هذا العمل، والإجراءات التي تتبع عند إصداره، وتتجلى أهمية هذا المعنى الواسع في الوقت الذي تندمج فيه السلطات فعندئذ يمكن الاعتماد على قواعد الشكل والإجراءات للتمييز بين مختلف الأعمال بعد أن اتحدت سلطة إصدارها(١١). ومع بساطة هذا المعيار وسهولته ويسره في مجال التمييز بين الأعمال التشريعية إلا أنه لم يسلم من الانتقادات (١٢)، لذا نادى فريق آخر من الفقهاء بمعيار اخر للتمييز هو- :

المعيار الموضوعي: وفقاً لهذا المعيار فان تمييز الأعمال التشريعية يتعين أن يعتمد على طبيعة العمل ذاته وجوهره بصرف النظر عن السلطة التي أصدرته، وعن الشكليات والإجراءات التي اتبعت في إصداره، وقد قالت بهذا المعيار المدرسة الواقعية بزعامة Duguiti والتي ضمت Jeze و Bonnardi وانتهت في ضوء هذا المعيار: إلى أن القاعدة العامة الموضوعية هي أساس تمييز العمل التشريعي، ومن هذه الزاوية فان القانون واللائحة يستويان بعدّ ان كلا منهما ينطوي من حيث مضمونه على قواعد عامة مجردة(١٣). وهذا المعيار كما يقول الأستاذ الدكتور سليمان محمد الطماوي ، أقرب إلى حقائق الأمور لأنه يستند إلى تحليل العناصر الجوهرية

للأعمال القانونية ، ولا يقف عند صفة القائم بها، كما يرجع إليه الفضل في تفهم الكثير من مشاكل القانون العام ، لذلك فقد استقرت أفكاره والاصطلاحات التي يقوم عليها في فقه القانون العام(١٤). أما عن اتجاه القضاء الدستوري في الأنظمة الدستورية المقارنة بصدد هذين المعيارين الفقهيين، فانه لمعرفة مدلول القانون – النص التشريعي – في مجال رقابة هذا القضاء وهل يقصد به المعنى الفني لهذا الاصطلاح ؟ أم انه ينصرف إلى مطلق القواعد القانونية بما تحويه من صفة العمومية والتجريد ، وبالتالي إدخال اللوائح وإخضاعها لتلك الرقابة ، السبيل لمعرفة ذلك هو عن طريق التصدي للتشريعات الخاضعة لرقابة القضاء الدستوري في هذه الأنظمة الدستورية . ويكون ذلك على التفصيل الآتي :

أولاً : موقف المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية من تحديد مدلول القانون في مجال الرقابة الدستورية.

لما كان النظام الأمريكي يعتنق مبدأ وحدة النظام القضائي ، إذ لا يوجد قضاء إداري متخصص على نسق النظم اللاتينية يفصل في مدى شرعية القرارات الإدارية، فقد انعكس ذلك على مسلك المحاكم المختلفة في بسط رقابتها على شرعية ودستورية تلك القرارات، ليس هذا فحسب ، بل أن المحاكم الأمريكية على اختلاف أنواعها ودرجاتها تمارس الرقابة على دستورية أنشطة السلطات العامة كافة إذ يخضع لتلك الرقابة التشريعات كافة سواء الصادرة من الكونكرس ام من السلطات التشريعية للولايات ، والقرارات الإدارية – تنظيمية كانت ام فردية – بما فيها القرارات الرئاسية، فضلاً عن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأدنى درجة في السلم القضائي حال الطعن عليها أمام المحاكم الأعلى درجة. ولا يخرج عن نطاق تلك الرقابة سوى التصرفات القانونية ذات الطابع السياسي والذي اصطلح الفقه الأمريكي على تسميتها بالأعمال السياسية(١٥).

ولما كانت المحكمة الاتحادية العليا تتربع على قمة الجهاز القضائي الأمريكي وتعد صاحبة القول الفصل في مجال التقاضي وتفسير الدستور،

وبصفة خاصة فيما يتعلق بمدى إتفاق القوانين مع الدستور الاتحــادي ، فانه يمكن القول إن هذه المحكمة تأخذ بــالمعيار الموضوعي بــصدد رقابــتها للتشريعات المطعون بعدم دستوريتها . ويتضح ذلك جلياً من خلال رقابــتها الدستورية للقوانين الفيدرالية وقوانين الولايات بالإضافة إلى رقابتها للوائح والقرارات الإدارية بما فيها القرارات الرئاسية.

بالنسبة لرقابة المحكمة الاتحــادية العليا على دســتورية القــوانين الفيدرالية ، يتضح جلياً من خلال أول قضاء لها بعدم دستورية قانون صادر عن الكونكرس تم سنة ١٨٠٣ في قضية Marbury v.Madison والذي أرست من خلاله مبدأ الرقابة على دســتورية القــوانين ، ومنذ ذلك التاريخ وحتى سنة ١٩٨٣ قضت المحكمة – كما ورد بأحد الإحــصاءات – في مائة وأربعة عشر قانوناً فيدرالياً بــعدم الدســتورية . وكانت تلك القــوانين في معظمها شديدة الأهمية مما يظهر اثر الرقابة الدستورية للمحكمة الاتحــادية العليا على القوانين الفيدرالية بصورة جلية وواضحة(١٦).

أما بخصوص رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية قــوانين الولايات فهي عادة ما تمس العديد من الأمور المهمة في سياســة الولاية ، إذ أن العديد من هذه الأحكام ســاهمت في إلغاء الأســاس القــانوني للتفرقــة العنصرية في الولايات الجنوبية ، كما حدت من ســلطة الولايات في تنظيم المسائل الاقتصادية التي يختص بــها الكونكرس على وفق فقــرة الســيادة الدستورية(١٧). كما تبسط المحكمة الاتحادية العليا رقابتها على دســتورية القرارات الإدارية لائحــية كانت ام فردية، بــما فيها القــرارات الرئاســية الصادرة من رئيس الدولة . ومن تطبيقاتها القضائية بهذا الصدد حــكمها في قضية (Youngstown sheet and Tube Co. v. Sawyer) في ٢ يونيو ١٩٥٢ المتعلقة بإضراب عمال مصانع الصلب الشهيرة ، انتهت فيه إلى القضاء بعدم دستورية قرار الرئيس ترومان(١٨).

ثانيا: موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر من تحديد مدلول القانون في مجال الرقابة الدستورية.

تنص المادة (١٧٥) من الدستور المصري النافذ لعام ١٩٧١ على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح "(١٩) وكذلك تنص المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ على ان " المحكمة الدستورية العليا تختص دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح "(٢٠)، كما ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة ، انه تأكيداً لأهمية دور المحكمة، فقد حرص القانون على أن يكون لها دور دون غيرها "القول بالفصل فيما يثار من منازعات حول دستورية القوانين واللوائح سواء أكانت قوانين عادية صادرة من السلطة التشريعية أم تشريعات لائحية فرعية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري وسواء أكانت هذه اللوائح عادية أم لها قوة القانون. "

وهكذا يكون الدستور والقانون – أي قانون المحكمة – ، قد أرادا بصريح النص إخضاع القوانين بمعناها الشكلي والموضوعي معاً لرقابة الدستورية، سواء في ذلك القوانين الصادرة من السلطة التشريعية أم القوانين بمعناها الموضوعي ولو كانت في شكل لوائح تصدرها السلطة التنفيذية. ومن باب أولى لو كانت هذه اللوائح في شكل قرارات بقوانين صادرة من رئيس الدولة. وهو ما يعني أن ارادة المشرع الدستوري وارادة المشرع العادي في شأن المحكمة الدستورية العليا ، قد اتجهت كلاهما إلى تأكيد خضوع التشريعات جميعها للولاية الرقابية للمحكمة آنفة الذكر في الأحوال كافة وأياً ما كانت الجهة التي تصدرها اي سواء أكانت هي الجهة المختصة أصلاً بإصدار التشريعات ام غيرها من الجهات التي يخولها الدستور في أحوال معينة صلاحية اصدار هذه التشريعات (٢١)، وهو ما يسهم بحق في الحماية المباشرة للحقوق والحريات الأساسية ويعزز دعائم دولة

القانون(٢٢)، ولهذا كله نحن نتفق مع د. عادل عمر شريف في قوله بأنه يصح وصف الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنها "رقابة على دستورية التشريعات" فهذا الاصطلاح يكون اكثر دقة وواقعية من إصطلاح "الرقابة على دستورية القوانين"(٢٣).

والمقصود بالقوانين – الواردة في النصين الدستوري والقانوني " قانون المحكمة " سالفي الذكر – جميع التشريعات التي تصدر من البرلمان (مجلس الشعب). أيا كان موضوعها او نوعها أو طرق وإجراءات إقرارها وإصدارها. وعلى ذلك فهي تشمل القوانين العادية كافة ، كما تشمل القوانين الأساسية ، أو ما يسمى في مصر القوانين المكملة للدستور والمنصوص عليها في المادة (٢/١٩٥) من الدستور وقد مارست المحكمة الدستورية العليا بالفعل رقابة الدستورية بالنسبة لهذه القوانين الأخيرة، ومثال ذلك حكمها الصادر في ٣ يونيو ٢٠٠٠ بعدم دستورية القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ الخاص بالجمعيات والمؤسسات الأهلية ، وهو من القوانين المكملة للدستور ، وذلك لعدم أخذ رأي مجلس الشورى فيه قبل إصداره كما تقضي المادة (٢/١٩٥) من الدستور(٢٤)، وتنبسط رقابة المحكمة فتشمل القوانين البرلمانية كافة ، حتى ولو صدرت عقب استفتاء شعبي، وقد مارست المحكمة رقابة الدستورية لهذا النوع من القوانين ، ومثال ذلك حكمها الصادر في ٢١ يونيو ١٩٨٦ ، والخاص بعدم دستورية المادة الرابعة من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي ، على الرغم من صدور هذا القانون عقب استفتاء شعبي ، تطبيقاً للمادة (١٥٢) من الدستور التي تخول رئيس الجمهورية الحق في استفتاء الشعب في المسائل المهمة التي تتصل بمصالح البلاد العليا(٢٥).

وتخضع المحكمة الدستورية العليا لرقابتها جميع أنواع اللوائح ، سواء أكانت لوائح إدارية عادية ، أم لوائح لها قوة القانون ، مثل اللوائح التفويضية التي تصدر من رئيس الجمهورية بناء على تفويض من مجلس

الشعب على وفق المادة (١٠٨) من الدستور ، وكذلك لوائح الضرورة التي يصدرها ايضاً رئيس الجمهورية وفقاً للمادة (١٤٧) من الدستور . ومن أحكامها الصادرة بصدد اللوائح التفويضية في سبيل المثال حكمها الصادر في ١٦ مايو ١٩٩٢ والذي يقضي بانه "**لا محاجة في القول بان القرار بقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٠ المشار اليه قد صدر ارتكازاً إلى أحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٤ ، فان ما نص عليه هذا القانون من تفويض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون بالتصديق على الاتفاقيات المتعلقة بمشروعات الإنتاج الحربي وبالأحكام الخاصة بكل مشروع منها ، ..... ، وهي أغراض لا يتصل بها هذا القرار بقانون ، وقد صدر في شأن يتعلق بالتأمينات الاجتماعية للعاملين بالهيئة العامة للتصنيع ، وبمجاوزته حدود التفويض الصادر عن السلطة التشريعية يكون باطلاً بتمامه**"(٢٦).

ثالثاً: موقف القضاء الدستوري في العراق من تحديد مدلول القانون في مجال الرقابة الدستورية

١- موقف المحكمة العليا من تحديد مدلول القانون في مجال الرقابة الدستورية – وفقاً للقانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ –.

نصت المادة الثالثة والثمانون من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ على انه " إذا وجب البت في أمر يتعلق بتفسير أحكام هذا القانون أو في ما إذا كان احد القوانين أو الأنظمة المرعية يخالف أحكام هذا القانون الأساسي تجتمع المحكمة العليا .." ونصت المادة السادسة والعشرون فقرة – ٣– من الدستور على انه " إذا ظهرت ضرورة اثناء عطلة المجلس لاتخاذ تدابير مستعجلة لحفظ النظام والامن العام .. فللملك الحق باصدار مراسيم بموافقة هيئة الوزارة يكون لها قوة قانونية تقضي باتخاذ التدابير اللازمة ...

وتشمل لفظة – القانون – المراسيم الصادرة بمقتضى أحكام هذه المادة ما لم يكن في متنه قرينة تخالف ذلك"(٢٧).

يتضح من نص هاتين المادتين أن اختصاص المحكمة العليا في رقابة النصوص التشريعية كانت شاملة لجميع هذه النصوص سواء أكانت قوانين عادية صادرة عن السلطة التشريعية، ام كانت تشريعات تنظيمية صادرة عن السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري ، وسواء أكانت هذه التشريعات التنظيمية عادية ام لها قوة القانون كما يفهم من نص المادة (٨٣) قبل تعديلها سنة ١٩٤٣.

فمدلول القانون – النص التشريعي – في مجال الرقابة الدستورية وفقاً لدستور ١٩٢٥ ينصرف إلى القانون بمعناه الواسع ومدلوله الموضوعي أي النصوص التشريعية العامة المجردة سواء أصدرت عن سلطة تشريعية مختصة بإصدار القانون، ام من سلطة تنفيذية.

وان كان القانون الأساسي قد قلص من اختصاص المحكمة العليا على دستورية القوانين والأنظمة وحصرها بالاولى من دون الثانية وذلك بموجب قانون التعديل الثاني للقانون الأساسي رقم ٦٩ لسنة ١٩٤٣ (٢٨)، فأصبح اختصاص المحكمة العليا بالرقابة الدستورية يمتد إلى القوانين والقرارات بقوانين فقط.

اما عن موقف المحكمة العليا تجاه هذا الموضوع ، فيمكن القول انها لم تمارس اختصاصها مطلقاً بالنسبة للرقابة على دستورية المراسيم ، ومارسته لمرة واحدة فقط بالنسبة للقوانين العادية وكان ذلك عام ١٩٣٩ بخصوص قانون منع الدعايات المضرة الذي صدر برقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ حيث حكمت المحكمة بعدم دستوريته(٢٩).

<u>٢– موقف المحكمة الدستورية العليا من تحديد مدلول القانون في مجال الرقابة الدستورية– وفقاً لدستور ١٩٦٨ المؤقت</u>.-

نصت المادة (٨٧) من دستور ٢١ ايلول ١٩٦٨ المؤقت على أن "

تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير أحكام هذا الدستور و البت في دستورية القوانين و تفسير ..."(٣٠)، كما نصت المادة (٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨ "تختص المحكمة الدستورية العليا بالأمور التالية : ... ٢. البت في دستورية القوانين"(٣١).

وجاء في الأسباب الموجبة لقانون المحكمة : "نصت أحكام الدستور المؤقت بإنشاء محكمة عليا دستورية تتولى تفسير أحكام الدستور .. كما تنظر في دستورية القوانين ليبقى الدستور في مأمن من التجاوز على أحكامه عن طريق القانون العادي"

ومن النصوص الواردة اعلاه ، يتضح ان مدلول القانون المطعون بعدم دستوريته في ضوء دستور ١٩٦٨ المؤقت وقانون المحكمة الدستورية العليا الذي صدر بموجبه ، ينصرف إلى القانون بمعناه الضيق ومدلوله الشكلي ، أي القوانين العادية الصادرة عن السلطة التشريعية.

وبمفهوم المخالفة ان رقابة المحكمة الدستورية العليا لا تمتد إلى النصوص التشريعية الصادرة عن السلطة التنفيذية حتى و ان كانت بصورة مراسيم تشريعية إذ ان النصين الدستوري و القانوني (سالفي الذكر) و اضحان كل الوضوح بهذا الخصوص. وهو ما تم تأكيده ايضاً في العبارة الاخيرة من الفقرة الأولى الواردة في الأسباب الموجبة لصدور قانون المحكمة " .. كما تنظر في دستورية القوانين ليبقى الدستور في مأمن من التجاوز على أحكامه عن طريق القانون العادي".

ومن الجدير بالذكر ان المحكمة الدستورية العليا على الرغم من صدور قانونها وتحديد اختصاصاتها، الا انها لم تمارس هذه الاختصاصات مطلقاً(٣٢). ويعزى ذلك لقصر مدة وجودها ، إذ صدر قانون المحكمة بتاريخ ٢ / كانون الاول / ١٩٦٨ ، وتم إلغاء هذا القانون ضمناً بإلغاء السند الدستوري الذي يستند اليه م (٨٧) من دستور ١٩٦٨ المؤقت ، وذلك بصدور دستور ١٦/تموز/١٩٧٠ المؤقت ، حيث لم يصار إلى النص عليها

مجدداً في ظل هذا الدستور الجديد مما يعني عدم إقرار القابضين على السلطة لهذه المؤسسة(٣٣).

٣- موقف المحكمة الاتحادية العليا من تحديد مدلول القــانون في مجال الرقابة الدستورية - وفقاً لقانون إدارة الدولة العراقــية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤-.

نصت المادة الرابعة والاربعون ، فقرة -ب - /٢ من قــانون إدارة الدولة على اختصاص المحكمة بالبت في دستورية القوانين إذ نصت على انه " الاختصاص الحــصري والأصيل، ... بــان قــانوناً أو نظاماً أو تعليمات صادرة عن الحكومة الاتحادية أو الحكومات الاقليمية أو ... لا تتفق مع هذا القانون " (٣٤) .

كما نصت المادة (٤) من قانون المحكمة الاتحــادية العليا رقــم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ على انه:" تتولى المحكمة الاتحادية العليا المهام الاتية:-

ثانيا: الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقــرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من اية جهة تملك حــــــــق اصدارها.."(٣٥).

يستفاد من هذين النصين الدستوري والقانوني أن المشــرع أراد ان يبسط رقابة المحكمة الاتحادية العليا على جميع النصوص التشريعية (قانون، نظام ، تعليمات) ، وبــذلك فان الأنظمة والتعليمات وهي قــــرارات إدارية ســتخضع لطريقــين من طرق الطعن ، الأول هو الطعن امام المحــــكمة الاتحادية العليا بعدم دستوريتها إذا ما تضمنت خرقاً لأحكام الدستور، والثاني هو طريق الطعن امام محكمة القــضاء الإداري بــعدم مشــروعيتها إذا ما تضمنت مخالفة لمبدأ المشروعية بمصادره المختلفة.

وبناءً على ذلك أن المشــرع العراقــي يتجه نحــو الأخذ بــالمعيار الموضوعي لمدلول القــانون - النص التشــريعي - في مجال الرقابــة الدستورية.

٤- موقف المحكمة الاتحادية العليا من تحديد مدلول القانون – وفقاً لدستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥-.

تنص المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ على انه : "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي :

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة"(٣٦).

نص المادة (٩٣) واضح وصريح بصدد اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية جميع القوانين والأنظمة سارية المفعول.

اما فيما يخص القوانين ورد النص مطلقاً وهذا يعني أن رقابة المحكمة تشمل جميع القوانين العادية (التشريعات الأصلية) التي تصدرها السلطة التشريعية بصفتها الجهة المناط بها دستورياً القيام بهذه المهمة في جميع الاوقات والظروف. كما تمتد رقابة المحكمة لدستورية الأنظمة أي امتدادها إلى تلك الطائفة من التشريعات الفرعية التي تتولى إصدارها السلطة التنفيذية، سواء بحكم اختصاصها التنفيذي، أو عملاً باختصاص تشريعي استثنائي مستمد من الدستور أو واقعي فرضته ظروف معينة.

وان امتداد الرقابة الدستورية إلى الأنظمة هو امر تقتضيه الاعتبارات العملية تأكيداً لسيادة القانون لما لهذه الأنظمة من أهمية لاسيما ما يتعلق منها بحرية المواطنين وأمنهم.

وبذلك يمكن القول ان المشرع الدستوري أخذ بالمفهوم الواسع للقانون وبالمدلول الموضوعي له حيث شملت رقابة المحكمة النصوص التشريعية جميعها أصلية كانت ام فرعية. وهو اتجاه يسهم في الحماية المباشرة للحقوق والحريات العامة بما يعزز من دعائم دولة القانون في العراق . ونعتقد ان المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ ، قد جاءت موفقة لسببين:

الأول : انها ساوت بين القـوانين والأنظمة في مجال الرقابـة على الدستورية ، أي مخالفة كل منهما لنص دستوري قائم أو الخروج على روحه ومقتضاه. ولعل حكمة التسوية بين القانون والنظام في هذا المجال ، تتمثل في أن الرقابة الدستورية تستهدف حـماية الدسـتور وصونه من الخروج على أحكامه بعدّه القانون الأسمى في البلاد، وهذه الغاية لا تتحقـق إلا إذا امتدت رقابة المحـكمة الاتحـادية العليا على جميع التشـريعات الأصلية منها أو الفرعية (الأنظمة) . ذلك ان مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعاً، بل ان هذه المظنة أقوى في الأنظمة منها في القوانين التي يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص في جميع مراحـل إعدادها ما لا يتوافر للأنظمة.

كما ان امتداد الرقابة الدستورية على الأنظمة امر تقـتضيه مركزية الرقابة القضائية على دستورية التشريعات التي تبناها المشرع الدستوري في دسـتور العراق النافذة لسـنة ٢٠٠٥، والتي يتنافى معها ترك الخوض في دستورية الأنظمة لولاية الجهات القـضائية الاخرى مع ما يستتبـع ذلك من احتمال تعارض الاراء وتضارب الأحكام في مسـألة واحـدة مما يؤثر في الأوضاع والمراكز القانونية ويصيبها بالاضطراب وعدم الاستقرار.

والثاني : انها جعلت اختصاص المحكمة الاتحادية العليا لا يمتد إلى الرقابة على دستورية القـرارات الإدارية الفردية. إذ ان إخضاع المحـكمة الاتحادية العليا الأنظمة (القرارات الإدارية التنظيمية) للرقابـة الدسـتورية سنده المعيار الموضوعي الذي تعد هذه الأنظمة في مفهومه بمثابة قـوانين ، فالأنظمة شأنها شـأن القـوانين تنطوي على مجموعة من القـواعد العامة المجردة ، ومن ثم كان منطقياً ان تشملها معاً الرقابة القضائية على الدستورية أما القرارات الإدارية الفردية فانها لا تندرج تحـت مدلول القـوانين، لا من ناحية الشكل ، ولا من ناحية الموضوع، ولذلك لا تمتد اليها الرقابة القضائية على دستورية التشريعات التي تباشرها المحكمة الاتحادية العليا وفقـاً لنص المادة (٩٣) من الدستور العراقي النافذ.

المطلب الثالث: التشـــريعات التي تخرج من نطاق الرقابـــــة الدستورية.

من الأمور و المسائل ما تقتضي طبـــيعتها النأي بــــها عن ساحـــات القضاء نظراً لما يحيط بها من اعتبارات سياسية، وما يحتاجه البـــت فيها من عناصر تقدير وموازين ســـريعة وحاســـمة لا تفلح في تحقيقـــها الوســـائل القضائية، وهو ما اصطلح على تسميته بالمسائل أو الأعمال السياســـية كما يسميها الفقه الأمريكي ، أو أعمال الدولة كما تسمى في الفقـــه الانكليزي ، أو أعمال السيادة كما يسميها الفقه الفرنسي . وكلها مسميات لمضمون واحد ، او لحل مشكلة توجد في كل الدول بلا استثناء ، مفادها أن هناك من المســـائل ما يجب ابعادها عن رقابة القضاء(٣٧). وبدون الدخول في تفاصيل أصل نشأة هذه الأعمال و النظريات العديدة التي قيلت في تبريرها ، و الحـــد الفاصل في تحديدها – والتي لم تفلح أي منها في تبريرها و لا في تحديدها – (٣٨) بدون الدخول في ذلك، فانه يمكن القول ان القضاء الدستوري شأنه شأن القـــضاء الإداري، قد عرف مثل هذه الأعمال و أخرجها من نطاق الرقابة ورفض ان يمد إليها سلاح رقابته ، مقرراً انها غير قابلة للفصل فيها قضائياً.

و لالقاء الضوء على نظرية الأعمال السياسية وتطبيقاتها في القضاء الدستوري المقارن ، سيتم ذلك على التفصيل الآتي :

أولاً: نظرية الأعمال السياسية وتطبيقـــاتها في قـــضاء المحـــكمة الاتحادية العليا الأمريكية.

تصدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية بعض التصرفات (قوانين أو أعمال إدارية) يطلق عليها وصف أعمال سياســـية Political Acts أو مسائل سياسية Political Questions (39) واضفاء هذا الوصـف على بعض اعمال السلطتين التشـــريعية و التنفيذية يرتب نتيجة مهمة مؤداها عدم خضوع هذه الاعمال للرقابة الدستورية.

ولما كانت هذه المسائل تفلت من دائرة الرقابة الدستورية فان الحصول على معيار يميزها امر ضروري وحتمي، بيد ان القاضي الامريكي بمساعدة بعض نصوص الدستور أستطاع أن يحدد قائمة بتلك المسائل . وتشمل تلك القائمة على ثلاث طوائف: المسائل المتعلقة بالعلاقات الخارجية (مثل الاعتراف بالحكومات الأجنبية، تعريف حالة الحرب والسلم وتعيين بداية كل منها ، شروط صحة المعاهدات، الوضع القانوني لممثلي الدول الاجنبية)، وإبعاد الأجانب، والمسائل المتعلقة بالنظام السياسي الداخلي (مثل سلطات الحكومة المركزية على الأقاليم ، وتحديد المقصود بالحكومة الشرعية ، تحديد معنى النظام الجمهوري أو الديمقراطي)(٤٠).

ففي مجال العلاقات الخارجية ، قررت المحكمة الاتحادية العليا منذ عام ١٩١٨ بان تحديد ما إذا كانت جماعة معينة تعد دولة مستقلة بالمعنى المفهوم في القانون الدولي ، او انها مجرد جزء متمرد من دولة قائمة يعد مسألة سياسية ليس للقضاء ان يراقب الرئيس والكونكرس في حلهما لها . كما ويعد التثبت من صحة توقيع دولة اخرى على إحدى المعاهدات مسألة سياسية.(٤١) كذلك فان تحديد نهاية حالة الحرب من المسائل السياسية التي يستقل الرئيس بتقديرها دون تعقيب عليه من المحكمة، فذلك التقدير من المسائل السياسية التي لا يملك القضاة الوسائل الكافية لوزنها ، فضلاً عن انهم ليسوا الجهة المسؤولة عنها مسؤولية رسمية(٤٢).

وفي مجال إبعاد الأجانب ، قررت المحكمة الاتحادية العليا منذ عام ١٨٩٣ ان سلطة الكونكرس في تنظيم إبعاد الأجانب تعد من المسائل السياسية التي لا تملك المحاكم التعقيب على تقدير الهيئة التشريعية فيها(٤٣). واخيراً في مجال المسائل المتصلة بالنظام السياسي الداخلي ، تستبعد المحكمة الاتحادية العليا من رقابتها كل المسائل المتصلة بالنظام السياسي الداخلي ، وكيفية سير الأداة الحكومية (بمعناها الواسع) وفقاً للصورة التي رسمها الدستور . ومنها حكم المحكمة عام ١٨٤٩ الذي قضت فيه بان تحديد الحكومة الشرعية بين حكومتين متنازعتين داخل الولاية ، وكذلك تحديد المقصود بالنظام الجمهوري يعد من الأمور السياسية التي تخرج من رقابة المحكمة(٤٤).

وقد عدت المحكمة الاتحادية العليا ان نظرية الأعمال السياسية هي نتيجة طبيعية أو ضرورية للمبادئ الدستورية والاعتبارات العملية الآتية :

١- مبدأ الفصل بين السلطات ، إذ السلطات حسب الدستور منفصلة ، وبالتالي فان اختصاص السلطة القضائية محدد بالفصل في المنازعات التي لا تمت إلى المسائل السياسية بصلة ، إذ تتولاها السلطات السياسية المختصة.

٢- هناك مجموعة من المسائل التي لها صلة بالعلاقات الخارجية ، والتي يلزمها سياسة موحدة ، وعاجلة ، ولا يتوفر ذلك في السلطة القضائية.

٣- توجد مجموعة من الموضوعات ، تحتاج إلى اتخاذ قرار ناتج عن توازنات محددة ، او عناصر تقدير ، او معلومات قد لا يكون من المتيسر للقضاء الحصول عليها.

٤- هناك مسائل يلزم للمحكمة في تنفيذ أحكامها بخصوصها إلى إقرار ، من هيئات عامة ، فهي ليست صاحبة القرار النهائي فيها.

٥- قد تكون هناك مسائل أخرجتها بعض النصوص الدستورية من دائرة نفوذ القضاء -صراحة- إلى هيئة اخرى ، على الرغم من الصفة القانونية التي تتصف بها(٤٥).

ومن استقراء الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا ، يلاحظ أن تنحيها عن النزاع وإضفائها الصفة السياسية عليه ، يرتد دائماً إلى أخذ تلك المحكمة ، بواحد من الاعتبارات السابقة ، أو أكثر (٤٦) . فالرأي الأخير في الأعمال التي تعد سياسية الطابع أم لا ، هو للمحكمة الاتحادية العليا من دون غيرها(٤٧).

ثانياً: نظرية الأعمال السياسية وتطبيقاتها في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر.

من استقراء الاتجاهات الأولى للمحكمة الدستورية العليا نجد انها قد استعملت نظرية أعمال السيادة(٤٨) كبديل عن نظرية الأعمال السياسية ، بل وأحياناً كمرادف لها لتضييق نطاق رقابة الدستورية ولتخرج منها بعض

المسائل التي تقدر خطورة التعرض لها ، إذ وجد القضاء الدستوري المصري نظرية متكاملة البنيان(٤٩) في فقه القانون الإداري يمكن أن تسعفه في مجال الرقابة على دستورية التشريعات. فلم يحاول أن يضع مدلولاً لفكرة الأعمال السياسية أو يحدد نطاق تطبيقها ، وكل ما قررته المحكمة في شأنها هو أن فكرة الأعمال السياسية لا يجوز تطبيقها في شأن النصوص القانونية كلما كان مضمونها مناقضاً للقيود و الضوابط التي وضعها الدستور(٥٠).

ولم يؤيد جانب كبير من الفقه المصري مسلك المحكمة الدستورية العليا في تبنيها نظرية أعمال السيادة في مجال الرقابة الدستورية ، فهو يرى أن مد نطاق إعمال نظرية أعمال السيادة إلى دائرة القضاء الدستوري هو اتجاه لا يستقيم مع الأسس الفنية التي تقوم عليها هذه النظرية، فنظرية أعمال السيادة من ابتكار و تشييد مجلس الدولة الفرنسي الذي خلقها وطورها لينأى ببعض الأعمال الإدارية التي تصدر عن الحكومة عن رقابة القضاء الإداري سواء رقابة الإلغاء ام رقابة الإلغاء والتعويض وذلك استناداً للمبررات التي قيلت في هذا الشأن لتلافي الاصطدام بالسلطة التنفيذية ، فإذا كان الامر كذلك فانه لا يكون هناك مجال لإعمال نظرية أعمال السيادة ولا يسوغ الأخذ بها امام القضاء الدستوري الذي لا يحكم بإلغاء التشريع أو التعويض عنه ، حتى بالنسبة للتشريع الذي يحكم بعدم دستوريته ، ذلك أن الاثر المترتب على الحكم بعدم دستورية تشريع معين هو عدم نفاذ ذلك التشريع من اليوم التالي لنشر الحكم ، وهذا الأثر وان كان يقترب عملاً من الحكم الصادر بالإلغاء بالنسبة للقرارات الإدارية إلا أنه في تكييفه القانوني لا يعد إلغاء(٥١).

ومن الملاحظ حالياً أن المحكمة الدستورية العليا قد هجرت في أحكامها الحديثة فكرة أعمال السيادة في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، واتجهت إلى الأخذ بفكرة الأعمال السياسية بديلاً عن فكرة أعمال السيادة كقيد على اختصاص المحكمة بالرقابة على الدستورية ، والتي أطلقت عليها حديثاً المسائل السياسية(٥٢).

وقضت المحكمة بأن العبرة في تحديد التكييف القانوني للأعمال السياسية هي بطبيعة العمل ذاته لا بالأوصاف التي قد يخلعها المشرع عليه

متى كانت طبيعته تتنافى و هذه الأوصاف، ذلك ان استبعاد الأعمال السياسية من و لاية القضاء الدستوري إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضي – بسبب طبيعة هذه الأعمال – النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا ، مما يقتضي منح الجهة القائمة بهذه الأعمال – سواء أكانت السلطة التشريعية أو التنفيذية – سلطة تقديرية أوسع مدى و أبعد نطاقاً تحقيقاً لصالح الوطن وسلامته ، دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه في هذا الصدد. و المحكمة الدستورية العليا هي وحدها التي تحدد – بالنظر إلى طبيعة المسائل التي تنظمها النصوص المطعون عليها – ما إذا كانت هذه النصوص تعد من " الأعمال السياسية "فتخرج عن ولايتها أو انها ليست كذلك فتبسط عليها رقابتها(٥٣).

وقد تطور قضاء المحكمة الدستورية العليا بصدد نظرية الأعمال السياسية إذ يلاحظ انها تتجه نحو التضييق من نطاق هذه النظرية بصفة عامة ورفض الأخذ بها في مجال الحقوق والحريات الدستورية بصفة خاصة (٥٤)، وهو اتجاه يعزز بلا شك دعائم دولة القانون في مصر . من ذلك حكمها الصادر في ٢١ يونيو سنة ١٩٨٦ وتتلخص وقائع القضية انه في عام ١٩٧٨ صدر القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بهدف حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي ، وقد نص في مادته الرابعة على أنه لا يجوز الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية لكل من تسبب في إفساد الحياة السياسية قبل ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ سواء أكان ذلك بالاشتراك في تقلد المناصب الوزارية منتمياً إلى الأحزاب السياسية التي تولت الحكم قبل ٢٣ يوليو ١٩٥٢ ، أم بالاشتراك في قيادة الأحزاب وإدارتها وذلك فيما عدا الحزب الوطني والحزب الاشتراكي.

ووفقاً لقانون الاحزاب السياسية لا بد من إخطار المدعي العام الاشتراكي لكي يتولى الإعلان في الصحف اليومية عن أسماء المؤسسين ، كان له في الوقت نفسه الحق في الاعتراض على من ينطبق عليه نص المادة الرابعة المشار إليها ، وبالفعل اعترض المدعي العام الاشتراكي على اثنين

من المؤسسين لكونهما اشتركا في قيادة حـزب الوفد القـديم ولكونهما توليا الوزارة عن هذا الحزب مما ينطبق عليهم حكم المادة السابقة ، وبالطعن امام محكمة القضاء الإداري في قرار المدعي العام الاشتراكي ، واثناء الفصل في هذا القرار دفع الخصوم بعدم دسـتورية المادة الرابـعة ، وبـالفعل وصلت الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا بعد أن قررت محكمة القضاء الإداري جدية الدفع.

وقد دفعت الحكومة امام المحكمة الدسـتورية بـعدم اختصاص هذه الأخيرة وذلك على أساس أن النص القانوني المطعون عليه قـد صدر بـعد موافقة الشعب عليه من خلال الاستفتاء ، وبالتالي يعد على هذا النحو من قبيل الأعمال السياسية التي تنحسر عنها رقابة المحكمة الدستورية العليا.

بينما كان رد المحكمة الدستورية العليا على هذا الدفع يشـكل مبـدأ قانونياً والذي مقـتضاه أن " **المادة ١٥٢ تمنح لرئيس الدولة أن يسـتفتي الشعب في المسائل المهمة التي تتصل بمصالح البـلاد العليا، لا يخرج عن ان يكون ترخيصا لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقـدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية على هيئة الناخبين لاسـتطلاع رأيها من الناحية السياسية ، ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء ، ذريعة إلى إهدار أحكامه أو مخالفتها ، كما أن الموافقة الشعبـية على مبـادئ معينة طرحت في الاسـتفتاء ، لا ترقـي بـهذه المبـادئ إلى مرتبـة النصوص الدستورية التي لا يجوز تعديلها إلا وفقـاً للاجراءات الخاصة المنصوص عليها في المادة ١٨٩ من الدستور"(٥٥).**

ثالثاً: نظرية الأعمال السياسية في القضاء الدستوري العراقي.

تبنى القـضاء العادي والقـضاء الإداري في العراق نظرية أعمال السيادة ، فهذه النظرية لم تكن بـالفكرة الغريبـة عن التشـريع والقـضاء العراقيين(٥٦)، الا انها لم تجد لها صدى ولا تطبيقاً في القضاء الدسـتوري العراقي شأنها شأن نظرية الأعمال السياسية ، ويبدو ذلك من خلال:

- قضاء المحكمة العليا الذي أنشئ بموجب القانون الأساسي العراقي

لعام ١٩٢٥ ، حيث أن حكم المحكمة الوحيد الذي صدر بخصوص الرقابة على دستورية القوانين عام ١٩٣٩ ، لم يشر إلى نظرية أعمال السيادة و لا نظرية الأعمال السياسية.

- قضاء المحكمة الدستورية العليا الذي أنشئ بموجب دستور ١٩٦٨ المؤقت ، ان هذه المحكمة على الرغم من صدور قانون بإنشائها رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨ ، الا انها لم تمارس اختصاصاتها مطلقاً ، وبالتالي لم يكن لها أحكام لا بخصوص نظرية أعمال السيادة و لا بغيرها.

- قضاء المحكمة الاتحادية العليا الذي انشئ بموجب قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ الملغي ، فقد شكلت هذه المحكمة بناءً على قانون انشائها ، رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ .

ويلاحظ إن قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية قد جاء بنصوص نعتقدها – ونحن نتفق في هذا الرأي مع الأستاذ الدكتور غازي الفيصل– كافية لإسقاط أعمال السيادة، منها انه قضى في المادة(السابعة ان) بان الإسلام دين الدولة الرسمي ويعد مصدراً للتشريع و لا يجوز سن قانون خلال المرحلة الانتقالية يتعارض مع ثوابت الاسلام المجمع عليها .. الخ ، كما قضى في المادة (الرابعة والعشرين /ج) منه برفع الحصانة عن أي مسؤول أو موظف في الحكومة العراقية الانتقالية عن أفعاله الجنائية التي يرتكبها خلال قيامه بوظيفته ، وكذلك منح في المادة (الثانية والعشرين) منه الحق لكل شخص أو جماعة جردوا من الحقوق التي ضمنها القانون أو أية قوانين عراقية سارية المفعول بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن فعل التجريد ولتثبيت الحق و ابتغاء أية وسيلة قانونية أخرى.

فإذا علمنا بأنه لا وجود لأعمال السيادة في الشريعة الإسلامية ، لأن أعمال الحكام كلها تخضع لرقابة القضاء والشعب ، وأن النصوص القانونية التي أوردناها تثبت مسؤولية العاملين جميعهم في الدولة أياً كانت مناصبهم ووظائفهم ، و انه لا توجد اشارة لا من قريب و لا من بعيد لأعمال السيادة في نصوص القانون المذكور ، وعليه لا توجد أعمال سيادة في العراق بموجب

قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية ، فأعمال السيادة كلها وبدون استثناء تخضع لرقابة القضاء وصور الرقابة الاخرى ، وهذا يعد مكسباً عظيماً وضماناً كبيراً لتمتع المواطنين بحقوقهم وحرياتهم مما يعزز دعائم دولة القانون في العراق. اذ ان إسقاط أعمال السيادة من اللوح القانوني سيمكن الافراد من التمتع بحقوقهم وحرياتهم على الوجه الأكمل ، ويدفع السلطات العامة إلى التأني والتروي في إصدار التشريعات واتخاذ القرارات الماسة بالحقوق والحريات(٥٧).

قضاء المحكمة الاتحادية العليا الذي أنشئ بموجب دستور جمهورية العراق النافذ حالياً لعام ٢٠٠٥ ، فيلاحظ ان المادة (١٠٠) من هذا الدستور قد نصت على انه: "يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار أداري من الطعن."

وبهذا النص تم هدم نظرية أعمال السيادة في مجال القضاء الإداري والدستوري في العراق ، ويأمل ان لا تكون لهذه النظرية ، ولا لنظرية الأعمال السياسية تطبيقاً في القضاء الدستوري العراقي الجديد ، إذ أن في استبعادها ضمان لحقوق الأفراد وحرياتهم الدستورية وتعزيزاً لدعائم دولة القانون في العراق.

المبحث الثاني : صور الحكم بعدم دستورية نص تشريعي.

للأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري في الأنظمة الدستورية المقارنة ، بوجه عام ، ثلاث صور ، هي : الأحكام البسيطة ، والأحكام الوسيطة ، والأحكام الاستبدالية ، التي يتم تناولها في المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول : الأحكام البسيطة.

وهي الأحكام الخالصة غير المركبة ، التي تنتج أثرها بغير شرط أو تحفظ ، وتظهر هذه الأحكام باحدى الصورتين الآتيتين-:

أولاً : الأحكام بعدم الدستورية.

وهي الأحكام التي تنطوي على إعلان أو منطوق بعدم الدستورية . وتترتب على مثل هذه الأحكام نتائج غاية في الخطورة بالنسبة للنص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته ، وتختلف هذه الاثار بحسب نظام الرقابة الدستورية المتبع في الدولة ، حيث انه في الدول التي تأخذ بنظام الرقابة السابقة(٥٨).

يعد منطوق الحكم بعدم الدستورية عائقاً دون إصدار النص التشريعي المخالف للدستور ، بينما في الدول التي تأخذ بنظام الرقابة اللاحقة يعد منطوق الحكم بعدم الدستورية محدداً لإبقاء أو لحذف النص التشريعي من النظام القانوني للدولة.

ففي بعض الدول لا تقضي المحكمة ببطلان التشريع أو إلغائه ، وإنما يقف سلطانها عند إهمال القاضي لحكم القانون غير الدستوري والامتناع عن تطبيقه في القضية المعروضة عليه ، وهو ما عليه الحال في الولايات المتحدة الأمريكية.(٥٩) وفي دول اخرى يكون منطوق الحكم منضوياً على إعلان بإلغاء أو بإبطال النص التشريعي المخالف للدستور ، ومقتضى ذلك بطلان النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته منذ صدوره (الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية) من ذلك ايطاليا والكويت (٦٠)، بينما يقتصر منطوق الحكم في دول اخرى على إعلان عدم الدستورية إذ يظل النص التشريعي سارياً حتى تاريخ نشر الحكم بعدم دستوريته (الأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية)، كما في النمسا(٦١).

ثانياً : الأحكام الرافضة للدعوى الدستورية.

إذا لم ترَ المحكمة في النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته – وبناء على الأسباب التي قدمها الخصوم – شائبة عدم الدستورية ، في هذه الحالة على المحكمة الدستورية أن تقضي برفض الدعوى (٦٢). وتختلف الأحكام الرافضة للدعوى الدستورية في مضمونها، وإن اتحدت في جوهرها السلبي . ففي سويسرا يكون الحكم بـ "عدم إعلان عدم الدستورية

" Non Declartion d' in Constitutionnalite "،

بينما يكون الحكم بعدم القبول ، أو برفض الدعوى أو الطعن ، أو برفض المسألة الدستورية (كما في أسبانيا ، وإيطاليا ، وفرنسا ، ومصر)(٦٣).

المطلب الثاني : الأحكام الوسيطة.

وهي الأحكام التي تصدر في الاحوال التي تريد فيها المحكمة الدستورية أن تتفادى الحكم بعدم الدستورية لأسباب ترتأيها وتقدرها ، منها المحافظة على الأمن القانوني(٦٤) وهذه الأحكام تعد بمثابة استراتيجية خلاقة وفي غاية الخصوبة والثراء يتجاوز القضاء الدستوري ، من خلالها ، الإطار التقليدي لرقابة الدستورية المتمثل في الحكم بدستورية القانون أو عدم دستوريته إلى خلق مستويات متدرجة لعدم الدستورية ، بحيث يستطيع القضاء من خلال تلك الأحكام إلزام المشرع بإعادة فحص القانون وتنقيحه بما يتفق وأحكام الدستور ، من دون الحاجة لإعلان عدم دستوريته(٦٥). وتظهر هذه الأحكام باحدى الصور الثلاث الآتية:

أولاً : أحكام المطابقة بشرط التفسير.

وتعد هذه الأحكام بحسب الأصل أحكام بعدم الدستورية ، غير أن اقترانها ببعض التحفظات ، التي يعد التقيد بها شرطاً لدستوريتها ، يدرجها في عداد الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية (أي أحكام بالدستورية) . وفي هذه الصورة من الأحكام تلجأ المحكمة الدستورية إلى منهج معين في التفسير للحيلولة دون الحكم بعدم الدستورية ، سواء أنصب هذا المنهج على تفسير القاعدة الدستورية أو تفسير القاعدة القانونية التشريعية(٦٦). فالقضاء الدستوري في بعض النظم المقارنة كايطاليا والمانيا وفرنسا ، يستعمل وسائل تفسيرية معينة لتحاشي إبطال القانون كلما أمكن تفسيره بطريقة تجعله موافقاً لأحكام الدستور حفاظاً على وحدة النظام القانوني وضرورة خضوع القاعدة الدنيا للقاعدة الأعلى منها والتقيد بأحكامها ، مع ما يقتضيه ذلك من توفيق بينهما.

وهذا النمط من الأحكام يمثل خروجاً عن الإطار المعتاد لرقابة الدستورية المتمثل في الحكم بدستورية النص التشريعي المطعون عليه أو عدم دستوريته توصلاً لنمط جديد يقضي بدستورية النص محل الرقابة شريطة مراعاة التفسير الذي تراه المحكمة موافقاً لأحكام الدستور ، فيكفل هذا النمط الجديد من الأحكام تفادي الكثير من المشاكل العملية الناجمة عن الحكم بعدم الدستورية كعدم الاستقرار في المراكز القانونية . والمحكمة الدستورية الايطالية ، من خلال الموازنة بين النصوص محل الرقابة والمبادئ الدستورية، تصدر هذا النمط من الأحكام المطابقة مع التحفظ ، باعلانها أن القانون يكون دستورياً شريطة احترام التفسير الذي تراه المحكمة، مع تأكيدها أن أي تفسير آخر يجعله مناقضاً لأحكام الدستور (٦٧).

وهذا المسلك هو عين ما يفعله المجلس الدستوري الفرنسي عندما يفسر القانون بطريقة تجعله موافقاً لأحكام الدستور أسوة ببعض النظم المقارنة (ايطاليا ، المانيا) التي تعد مصدراً تاريخياً لهذا النمط من القرارات(٦٨). ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذا النمط من القرارات المطابقة بشرط يجد سنده القانوني في سلطة القاضي في التفسير التي تعد وسيلة لممارسة الرقابة ، من خلال توضيحه العلاقة بين القاعدة الدنيا محل الرقابة "وهي القانون " والقاعدة العليا التي يرجع اليها في ممارسة تلك الرقابة وهي الدستور أو "المجموعة الدستورية في مجملها" حتى تأتي التشريعات الخاضعة للرقابة متفقة معها ومنسجمة مع أحكامها . فالمجلس الدستوري يقوم بعملية تفسير مزدوج ، إذ يعمل على تفسير النصوص الدستورية من ناحية ، وتفسير القانون محل الرقابة بما يجعله موافقاً لأحكام الدستور من ناحية اخرى . فالقرارات المطابقة بشرط أذ تعدّ وسيلة للحوار بين المجلس الدستوري والسلطة التشريعية ، إذ تتيح تلك النوعية من القرارات للمجلس الدستوري تنقيح النص التشريعي وتصحيحه من دون الحاجة إلى الحكم بعدم دستوريته . وذلك من خلال إلزام المشرع بالتفسير الذي يراه المجلس الدستوري موافقاً لأحكام الدستور (٦٩) .

ثانياً : أحكام بعدم الدستورية الجزئية (أحكام الإلغاء الجزئي).

وهي الأحكام التي ينصب منطوق الحكم فيها بعدم الدستورية على جزء من النص التشريعي المطعون عليه . اذ قد تنتهي المحكمة من بحثها للقانون إلى أن تتبين أن في جزء من أجزائه او في بعضها تعارضاً مع نص من نصوص الدستور ، وترى مع ذلك ان سائر أجزائه خالية تماماً من كل عيب دستوري . فهي لا تملك في مثل هذه الحالة إلا القضاء بعدم دستورية الأجزاء المتعارضة مع الدستور وحدها ، من دون أن يمس حكمها سائر أجزاء القانون المتفقة مع الدستور أو يتعرض لها. وتصدق هذه القاعدة سواء أكانت الاجزاء المتفقة مع الدستور فقرات من نص قانون واحد أو كانت نصوصاً من تشريع يتضمن عدة نصوص مستقلة(٧٠)، إذ يجب الإبقاء على النصوص الصحيحة المطابقة للدستور والتي تقبل التجزئة، بحيث لا تتأثر اطلاقاً بالنصوص المقضي بعدم دستوريتها ، والاعتداد بها ، متى كانت وحدها تستطيع أن تحقق فعاليتها فيما تنطبق عليه من وقائع أو منازعات موضوعية ولو كان إعمالها يتم على نحو جزئي ، وفي حدود ما شرعت له ، ومن دون الخروج عن القواعد المتعلقة بتطبيقها وتفسيرها فمن المقرر أن بطلان العمل التشريعي بتمامه يكون في احدى حالتين ، اما تعذر فصل النصوص التي أبطلتها المحكمة عما سواها أو قصور النصوص المتبقية عن الوفاء بمقاصد التشريع وغاياته.(٧١).

وقد عبرت المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الامريكية عن هذه القاعدة بوضوح في حكمها الصادر عام ١٩٢٤ في قضية Dorchy v. Kansas إذ قالت : "**إن الجزء السليم من القانون لا يعتبر ممكن الانفصال عن الاجزاء المخالفة للدستور إلا إذا تحقق فيه شرطان**":-

اولهما: ان يتضح أنه يستطيع وحده إنتاج أثر قانوني ، والثاني: أن يظهر أن المشرع لو علم بسقوط الاجزاء المخالفة للدستور لاختار مع ذلك بقاء هذا الجزء"(٧٢).

وقد أتبعت المحكمة الدستورية العليا في مصر ذات النهج واتخذت المعيار نفسه (٧٣)، إذ تقول في حكم لها صادر في ٢ يناير ١٩٩٣:

"وحيث إنه إذ كان ما تقدم ، وكانت النصوص التي ينتظمها العمل التشريعي لا تعتبر – من زاوية العيوب الموضوعية – مهدرة بتمامها إلا في احدى حالتين : اولهما : إذا كان فصل النصوص التي أبطلتها المحكمة عما سواها متعذراً، وكان ملحوظاً عند إقرار المشرع للنصوص جميعها ما بينها من صلة حتمية تجعل ترابطها معاً واتصال اجزائها ببعض ، حقيقة قانونية لا مراء فيها . ثانيها : إذا كان متعذراً بعد إبطال المحكمة للنصوص المخالفة للدستور، أن تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد التشريع ، وغاياته.

وحيث إنه إذ كان ذلك، وكان إبطال هذه المحكمة نص المادة(٥) من القانون المطعون عليه، مؤداه زوال النصوص الاخرى المرتبطة بها ، باعتبار انها مترتبة عليها ، ولا قوام لها بدونها ، ولا يتصور إعمالها في غيبتها ، وما كان المشرع ليقرها بمعزل عن المادة المشار إليها او استقلالا عنها ، فان احكام المواد (٦،٣،١٥) من هذا القانون تكون مع مادته الخامسة كلا لا يتجزأ ، وتسقط تبعاً لها " (٧٤).

ويلجأ المجلس الدستوري الفرنسي إلى هذه التقنية – الحكم بعدم الدستورية الجزئية – في كل مرة يقرر فيها أن إبطال بعض نصوص القانون لا يؤثر على تكامل القانون بحد ذاته . في هذا الفرض يحكم المجلس ببطلان بعض أحكام القانون مع بقاء الأحكام الأخرى . طالما أنها قابلة للانفصال عن بقية نصوص القانون من دون ان تمس وحدته . اما إذا كانت هذه النصوص غير قابلة للانفصال فليس امام المجلس إلا إلغاء القانون باكمله.

وقد طبق المجلس الدستوري هذه التقنية في قراره الصادر في ١٠-١١ أكتوبر ١٩٨٤ الخاص بمنشآت الصحافة(٧٥).

ثالثاً : أحكام مشروطة .

وهي الأحكام التي تدعو المشرع إلى تعديل النص التشريعي

المطعون عليه بما يتفق مع الدستور ، أو التي تقـرر مجرد الإعلان بـعدم مطابقة القاعدة القـانونية الواردة بـالنص للدسـتور ، دون الحـكم بـعدم الدستورية. وهذا النوع من الأحكام لا يؤدي إلى عدم تطبيق القاعدة القانونية المعلن عدم دستوريتها . وقد استحدثته المحكمة الدستورية الألمانية لاسباب تتعلق بالنظام الدستوري وهي المحافظة على الأمن القـانوني ، الأمر الذي يحتم الإبقاء على سريان القاعدة غير الدستورية لمدة انتقالية لتفادي أية نتائج تمس النظام الدستوري . وعلى المشرع في هذه الحالة أن يتكيف مع الدستور بتعديل النص الذي صدر بشأنه الحكم بإعلان عدم مطابقته للدسـتور . وعلى المشرع أيضاً عند إجراء التعديل التشريعي بأن يضع القواعد المناسـبة التي تسري على الماضي احتراماً لمبدأ المساواة أمام القانون .(٧٦)

وعلى الرغم من أن القانون الألماني لم يكن يخول المحكمة الفيدرالية الألمانية سوى سلطة إبـطال التشـريع غير الدسـتوري، إلا أن المحـكمة استحدثت هذا النوع من الأحكام الذي يقضي بعدم دستورية التشريع من دون القضاء ببطلانه ، وقد مارست المحكمة هذا التقليد القـضائي من دون سـند تشريعي ، مما دفع المشرع إلى تقنينه سنة ١٩٧٠ بتعديل قـانون المحـكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية (المادة ٢/٣١ و ٣ ، والمادة ٧٩) دون أن يحدد هذا التعديل الأحوال التي تقتصر فيها المحـكمة على الحـكم بـإعلان عدم دستورية التشريع من دون إبطاله ومن دون تحديد آثار هذا الحـكم(٧٧). إلا أن المحكمة الدستورية ميزت بين آثار الحـكم بالبـطلان ، والحـكم بـعدم الدستورية، فجعلت الحكم الأول كاشفاً لعدم صحـة التشـريع منذ ولادته ، وجعلت الحكم الثاني منشأً لإلغاء النص غير الدسـتوري من يوم صدور هذا الحكم. وقد سنحت الفرصة للمحكمة الدسـتورية الألمانية أن تقـتصر على الحكم بإعلان عدم الدستورية من دون الحكم بالبـطلان في عدة مناسبـات ، منها في سبيل المثال حكمها الذي يقضي بعدم مطابقـة تشـريع ضريبـي للدستور بسبب إخلاله بمبدأ المساواة ، إذ رأت المحكمة ان إبطال التشـريع منذ صدوره سوف يؤدي إلى نتائج وخيمة تلحـق بـالدولة ، وكذلك الشـأن بالنسبة إلى قانون يتعلق بتحديد مرتبات الموظفين لما رأت المحـكمة من أن

إبطال هذا القانون سوف يؤدي إلى إستحالة تقاضي الموظفين مرتباتهم بصفة مؤقتة إلى حين صدور قانون جديد. (٧٨)

المطلب الثالث : الأحكام الاستبدالية .

وهذه الأحكام لها طابع خاص ، إذ هي أقرب إلى أن تكون أحكاماً مكملة للنصوص التشريعية لانها تكمل بالتفسير الذي تقرره المحكمة ما تنطوي عليه هذه النصوص من نقص تشريعي مع بقاء مبنى النصوص قائماً فكأن المبنى يبقى والمعنى هو الذي يتغير ويكتمل بالتفسير الذي يجعل النص يقرأ محمولاً على معناه الجديد الذي وضعه له الحكم ، وذلك تجنباً لوقوع النص في حمأة عدم الدستورية. (٧٩)

ان إتباع المنهج الاستبدالي في التفسير يؤدي إلى هذا النوع من الأحكام عادة . وهذا المنهج يتميز باستيفاء متطلبات مبدأ الدستورية ، وذلك بهدف مزدوج هو تجنب استخلاص قاعدة مخالفة للدستور أو جزء منها من النص التشريعي المطعون عليه ، واستخلاص قاعدة اخرى تتفق مع المتطلبات الدستورية من ناحية اخرى . ويلاحظ ان النص لا يعد مخالفا للدستور بعد أن يخضع لهذا النوع من منهج التفسير ، وبعبارة اخرى ، فإن تفسير النص الذي ينتهي إلى مطابقته مع الدستور يعد شرطاً لهذه الدستورية. وطالما أن هذا التفسير كان خطوة لازمة للرقابة الدستورية على النص ، فانه يعد ملزماً وحجة بكل ما يتمتع به الحكم من قوة إلزامية وحجية(٨٠).

وقد لجأت المحكمة الدستورية الإيطالية إلى هذا المنهج التفسيري ، من خلال الحكم بالبطلان الجزئي للنص للوصول إلى نوع من إحلال القواعد القانونية . وقيل في شرح ذلك إلى أن الذي يعتنق منهج التفسير الاستبدالي يستأصل القاعدة التي عبر عنها النص أو جزءاً منها ، بما يخلق في ذاته فراغاً في النص ، سرعان ما يملؤه التفسير من خلال ملأ الفراغ بقاعدة اخرى . مثال ذلك ، ما قضت به المحكمة الدستورية الإيطالية من عدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ٣١٣ من قانون العقوبات في حدود ما نصت

عليه من تخويل وزير العدل سلطة رفع الدعوى عن جرائم إهانة المحكمة الدستورية ، تأسيساً على انها وحدها بحكم مسئوليتها في ضمان فاعلية مبدأ الشرعية وإخضاع السلطات العامة للدستور ، تملك ممارسة رفع الدعاوى الجنائية عن جرائم الإهانة الموجهة اليها ، مما يقتضي الحكم بعدم دستورية الفقرة سالفة الذكر فيما نصت عليه من تخويل هذه السلطة لوزير العدل . وواضح من هذا الحكم أن المحكمة بعد أن أبطلت النص إبطالاً جزئياً (في خصوصية وزير العدل في رفع الدعوى) أقامت قاعدة قانونية تعطيها الحق في رفع هذه الدعوى.(٨١) كما لجأت المحكمة الدستورية الألمانية إلى هذا النوع من التفسير الاستبدالي لحماية النص المطعون عليه من خلال إعطائه مضموناً معيناً يتفق مع الدستور ، وذلك لما يترتب على الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية من آثار خطيرة على النظام القانوني . ولوحظ ايضا ان المجلس الدستوري الفرنسي قد لجأ إلى هذا النوع من التفسير ، وسمي بالحل الوسط بين الرفض والبطلان لأنه يعطي للنص التشريعي تفسيراً يعصمه من البطلان لعيب عدم الدستورية ، من ذلك قراره رقم "١٦٧ – ٨٣" الصادر في ١٩ يناير ١٩٨٤ بشأن القانون الخاص بالمؤسسات الائتمانية ، فإن الطاعنين قد نعوا على المادة ٣٤ من القانون محل الطعن المتعلق بتعديل النظام المصرفي ، مخالفتها لأحكام المادة ٣٤ من الدستور ، لتفسيرهم لها بأنها تخول لجنة وضع التنظيمات المصرفية السلطة المحجوزة للقانون في اتخاذ القرارات المتعلقة بإلغاء التأميمات المحتملة ، غير ان المجلس الدستوري أوضح أن هذه المادة "**لا تعني سوى ان اللجنة المذكورة يمكنها السماح بتحويل ممتلكات مؤسسات القطاع العام إلى القطاع الخاص عن طريق تنظيم ما تم الاستيلاء عليه من المساهمين في المؤسسات الائتمانية المؤممة ، وبالتالي فإن هذه المادة لا تتضمن المعنى الذي حملها إياه الطاعنون** ".(٨٢)

وقد أخذت المحكمة الدستورية العليا في مصر بهذا المنهج الاستبدالي فقضت بأن عليها ألا تفصل فيما يثيره الطعن على النصوص القانونية من المسائل الدستورية ، كلما كان بوسعها ان تتجنبها من خلال إسناد المخالفة

المدعى بها إلى أساس آخر يستقيم عقلاً معها ويصححها. وبناءاً على هذا المنهج التفسيري ، قضت المحكمة بان قرار وزير المالية رقم ٣٨١ لسنة ١٩٨٢ حتى وان صح القول ببطلانه لصدوره بناء على تنظيم باطل ممثلاً في القرار بقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ في شأن التفويض في الاختصاصات – إلا أن قرار وزير المالية ، يظل محمولاً على نص الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ مكررا من القانون الكمركي – التي أحال فعلا إليها – والتي لا يجوز بمقتضاها رفع الدعوى الجنائية في شان الجرائم المنصوص عليها بفقرتها الأولى إلا بناء على طلب من وزير المالية أو من ينيبه . فالواضح مما تقدم ، أنه بعد أن استبعدت القاعدة القانونية الواردة في قرار وزير المالية المطعون عليه استبدلت بها المحكمة الدستورية العليا قاعدة اخرى من هذا القرار بحكم إحالته إلى القانون الكمركي الذي يعطي لوزير المالية أو من ينيبه ذات الاختصاص محل النزاع . ومن ناحية اخرى ، فقد طبق حكم المحكمة الدستورية العليا المذكور ذات المنهج الاستبدالي حين قضى بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ١٢٤ مكررا من قانون الكمارك الصادر بالقرار رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ ، وذلك فيما نصت عليه من أنه (ولا يترتب على الصلح رد البضائع المضبوطة في الجرائم المشار إليها ، وإنما يجوز رد وسائل النقل التي استخدمت في التهريب). ذلك أن إسقاط القاعدة القانونية التي حكم بعدم دستوريتها لم يولد فراغاً في النص المطعون عليه ، لأن المحكمة انتهت إلى أن الصلح المقرر بنص الفقرة الثالثة من المادة ١٢٤ مكررا المشار إليها ينعقد مقابل أداء مبلغ التعويض كاملاً ويؤدي إلى إنقضاء الدعوى الجنائية في الجرائم محل الصلح ، اما مصادرة البضائع المضبوطة فتتم بناء على نص في القانون يتضمن قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها ، وهو ما قضت المحكمة بعدم دستوريته . فالقاعدة القانونية التي استبدلت هي ترتيب المصادرة كأثر للصلح ، والقاعدة التي حلت محلها هي أن الصلح يؤدي فقط إلى انقضاء الدعوى ، أي أن المصادرة تستند إلى نص في القانون مخالف للدستور ولا تستند إلى النص الذي يستمر صحيحا منتجا أثره في انقضاء الدعوى الجنائية (٨٣) .

هوامش الفصل الاول

١- مختار الصحاح ، محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣ ، ص١٤٨

٢- انظر د. أحمد ابو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، ط١٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠ ، ص٦٥٧، وللمؤلف نفسه نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط٥، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥ ، ص ٣٢ويذهب الاستاذ ضياء شيت خطاب إلى وجوب توافر شرطين في الأحكام القضائية:

١- أن تصدر الأحكام من قبل السلطة القضائية ، المشكلة على وفق القانون.

٢- أن تكون هذه الاحكام صادرة في منازعة بين الخصوم رفعت إلى المحكمة على وفق قانون المرافعات.

لمزيد من التفصيل في نظرية الاحكام راجع د. ضياء شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ٢٦٢ وما بعدها

٣- انظر د. شعبان أحمد رمضان ، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٠ ، ص٥٦٥ ، و د. عبد الحميد حسن محمد ، حماية الحقوق والحريات في أحكام المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص٤٠٧

٤- انظر د. يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٢٢و د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، مرجع سابق ، ص٣٩٩

٥- انظر د. أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، طبعة معدلة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥، ص ص ١٥٨ - ١٥٩

٦- انظر د. عبد العزيز محمد سالمان ، نظم الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ص ١٣٧ - ١٣٨

٧- ينظر د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مرجع سابق ، ص٢٩٣

٨- انظر د. سليمان محمد الطماوي ، السلطات الثلاث في الدساتير العربية والفكر السياسي الإسلامي ، ط٥، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص٥٢٣، و

د. محـــمد كامل ليلة ، النظم السياسـيــة – الدولة والحــكومة – ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص٨٤٨

٩- نظر د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية – القضاء الدستوري في مصر – مرجع سابق ، ص٩٧

١٠-انظر

Carre 'de Malberg ; Contribution a la theorie generale de l' Etat, T.1, Paris, 1920 , PP. 334 et 579 et.suiv.

١١- انظر د. عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص٤٢ ، و د. محمود عاطف البنا ، الرقابة القضائية على دستورية اللوائح ، مجلة القانون والاقـتصاد ، العددان الأول والثاني ، ١٩٧٨ ، ص١٣٨ ، و د. ثروت بدوي ، مبادئ القـانون الإداري ، دار النهضة العربـية ، القـاهرة ، ١٩٧٦ ، ص٢٧

١٢- انظر في هذه الانتقادات د. محمد كامل ليلة ، الرقابة على أعمال الإدارة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨، ص ص ١٣ – ١٤

١٣-انظر

Duguit (L.) , Traite de Droit Constitutionnel , T. 2,3 eme Ed., Paris , 1928 , PP. 307 et. Suiv.

١٤-انظر د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقـرارات الإدارية ، ط٤ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٧٦ ، ص١٨٠.

٢٥- انظر د. شعبان احـمد رمضان ، ضوابـط وآثار الرقابـة على دسـتورية القوانين، مرجع سابق ، ص٢٨١.

١٦- انظر د. هشام محمد فوزي ، رقابـة دسـتورية القـوانين ، مركز القـاهرة لدراسات حقوق الإنسان ، القاهرة ، ١٩٩٩، ص٤١

١٧- انظر المرجع السابق نفسه ، ص ٤٣

١٨- وتتلخص وقائع هذه القضية في حدوث نزاع بين شـركات الصلب الكبـرى والاتحاد العمالي الذي يمثل عمال هذه الشركات بشأن بعض الشروط المزمع إدخالها في اتفاقية جديدة بين الطرفين ، وبعد مفاوضات متصلة بين الجانبـين انتهت بالفشل أعلن الاتحاد في ١٨ ديسمبر ١٩٥١ أنه سيعلن الإضراب العام فور انتهاء أجل الاتفاقية القائمة بين الجانبين في ٣١ ديسمبر من ذات العام.

وإزاء هذا الأمر أحال الرئيس ترومان المشكلة إلى المكتب المختص بالفصل في

المنازعات بين العمال وأصحاب المشروعات ، وبعد تحقيقات قام بها المكتب المذكور قدم تقريراً مصحوباً بعدد من التوصيات في ٢٠ مارس ١٩٥٢ ، إلا أن شركات الصلب لم تأخذ بها ، وعليه فقد وجه الاتحاد العمالي الدعوة للقيام بالإضراب العام ابتداء من صباح ٩ أبريل ١٩٥٢ ، وإزاء هذا التهديد وقبل بدء الإضراب أصدر الرئيس ترومان أمرا إلى وزير التجارة بالاستيلاء الفوري على مصانع ثمانين شركة من شركات الصلب الكبرى ، وإدارتها ، مع ما يستلزمه ذلك من سلطات ، وقد برر الرئيس إصداره لهذا الأمر بأهمية صناعة الصلب في المحافظة على التفوق العسكري واستمرار الصناعات الحربية للولايات المتحدة.

وفور صدور هذا الامر سارعت شركات الصلب إلى المحكمة الاتحادية المختصة طالبة الحكم بعدم قانونية هذا الأمر الإداري ، فضلا عن إصدار أمر منع يحول دون تنفيذه.

ودفعت الحكومة ذلك بان الرئيس يملك سلطة أصيلة لمباشرة الإجراء الذي لجأ اليه ، استناداً إلى نصوص الدستور والسوابق التاريخية وأحكام القضاء.

وبتاريخ ٢٩ أبريل ١٩٥٢ اصدرت المحكمة المختصة حكمها في النزاع مقررة عدم قانونية الأمر الذي أصدره الرئيس ، وأوضحت انه لا يوجد بين النصوص الدستورية التي تحدد اختصاص السلطة التنفيذية ما يمنح الرئيس اختصاصاً تنفيذياً أصيلا يسمح له باصدار مثل هذا الأمر.

وعندما وصل الأمر إلى المحكمة الاتحادية العليا قضت بتاريخ ٢ يونيو ١٩٥٢ بتأييد حكم المحكمة الدنيا وقررت عدم دستورية الأمر الذي أصدره الرئيس ترومان.

Youngstown sheet and Tube Co. v. Swayer ,343 U.S 579 (1952)

راجع في تفصيلات هذه القضية د. أحمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مرجع سابق، ص١٤٨

١٩- الدساتير العربية دراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية ، ط١ ، المعهد الدولي لحقوق الانسان – كلية الحقوق – جامعة دي بول – ، ٢٠٠٥ ، ص٦٠٨

٢٠- مجموعة القوانين ولوائح السلطة التشريعية في بعض الدول العربية ، ط ١ ، المعهد الدولي لحقوق الانسان ، كلية الحقوق - جامعة دي بول - ، ٢٠٠٥، ص ٧٦٠

٢١- انظر د. طعيمة الجرف ، القضاء الدستوري ، مرجع سابق ، ص٢١٧

٢٢- انظر د. عبد الحفيظ الشيمي ، القضاء الدستوري وحماية الحريات الاساسية في القانون المصري و الفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١، ص ص ٤٨٢ - ٤٨٣

٢٣-انظر د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية ، مرجع سابق ، ص١٣٢

٢٤- القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" ، جلسة ٣ يونيو ٢٠٠٠ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء التاسع، المجلد الأول ، ص ٥٨٠ وما بعدها ، راجع تفاصيل هذه القضية في د. إبراهيم محمد حسنين ، أثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٢٠٣ وما بعدها

٢٥- القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية "دستورية" ، جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الثالث، ص٣٥٣

٢٦- القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ ، مجموعة أحكام م.د.ع. ، الجزء الخامس ، المجلد الاول ، ص٣٦٥

٢٧- القانون الأساسي العراقي مع تعديلاته ، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٥٣، ص٢٨

٢٨- تم تعديل نص المادة (٨٣) فاصبح على الشكل التالي "إذا وجب البت في امر يتعلق بتفسير .. او فيما إذا كان احد القوانين المرعية يخالف أحكام هذا القانون تجتمع المحكمة العليا .." القانون الأساسي العراقي مع تعديلاته ، المرجع السابق نفسه ، ص ٥٠

٢٩- انظر حكم المحكمة العليا الصادر في ١١ ايلول ١٩٣٩ ضمن أحكام المحكمة العليا المنشورة في القانون الأساسي مع تعديلاته ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ص ١٠٥ - ١٠٦

٣٠- الدساتير العراقية و دراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية، ط١ ، المعهد الدولي لحقوق الانسان - كلية الحقوق - جامعة دي بول - ، ٢٠٠٥، ص٩٥

٣١- الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية للجمهورية العراقية ، العدد ١٦٥٩ ، السنة الحادية عشر ، بغداد ، ٢ كانون الاول ١٩٦٨ ، ص ٧٢٨ وما بعدها

٣٢- د. عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، الجزء الاول ، مطبعة الاداب ، النجف ، ١٩٧٢ ، ص ٣٤٩

٣٣- انظر د. رعد ناجي الجدة ، التطورات الدستورية في العراق ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص ١٢٨

٣٤- قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية الصادر في ٨ إذار ٢٠٠٤ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٤

٣٥- الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق ، العدد ٣٩٩٦ ، السنة السادسة والاربعون ، ١٧ آذار ٢٠٠٥، بغداد ، ص١٢ وما بعدها

٣٦- الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق ، العدد ٤٠١٢ ، السنة السابعة والاربعون ، ٢٨ كانون الاول ٢٠٠٥ ، بغداد ، ص ٢١

٣٧- انظر د. شعبان أحمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص٥٤٧

٣٨- انظر د. عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص.١١١

٣٩- في فرنسا يطلق على هذه التصرفات أعمال السيادة او أعمال الحكومة Acte de Gouvernement وهي تقتصر فقط على بعض أعمال السلطة التنفيذية أي الاعمال او القرارات الإدارية ، ومن ثم تخرج القوانين من نطاق هذه الاعمال. اما في أمريكا فان نظرية الأعمال السياسية تشمل القوانين الصادرة من السلطة التشريعية وبعض تصرفات رئيس الدولة باعتباره رئيس السلطة التنفيذية . انظر د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية، مرجع سابق ، ص١٦٠.

٤٠- انظر المرجع السابق نفسه ، ص ١٦١

٤١- انظر د. عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ص١١٢

٤٢- حكم المحكمة العليا الصادر عام ١٨٥٣ في قضية ¡ Doe v. Braden نقلاً عن د. أحمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري ، مرجع سابق ، ص٤٨٦ .

٤٣- حكم المحكمة العليا الصادر عام ١٨٩٣ في قضية Fong Youe Ting v. U. S.نقلاً عن د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري ، المرجع السابق ، ص٤٨٩

٤٤- انظر د. أحمد كمال ابو المجد ، المرجع السابق نفسه ، ص٤٩٢

٤٥- انظر د. محمد فرج محمد الفقي ، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا ، مرجع سابق ، ص٢١٢ ، و د. يحيى الجمل ، القضاء الدستوري ، مرجع سابق ، ص١٧٦

٤٦- انظر د. أحمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري ، مرجع سابق ، ص ٤٨١

٤٧- انظر

Pritchett (C.H.); Constitutional Law of the Federal System , Prentice Hall Inc., New Jersy, 1984, P. 166

٤٨- يقصد باعمال السيادة طائفة من الاعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية وتتميز بعدم خضوعها لرقابة القضاء عموماً وذلك بسبب شدة اتصالها بنظام الحكم في الدولة وارتباطها الشديد بالمصالح العليا للدولة. والاعتبارات التي تقوم عليها هذه النظرية هي ان السلطة التنفيذية تتولى وظيفتين الأولى : بوصفها سلطة حكم ، وتعد الاعمال التي تقوم بها بهذه الصفة من قبيل أعمال السيادة ، والوظيفة الثانية : بوصفها سلطة إدارة ، وتعد الأعمال التي تقوم بها بهذه الصفة أعمالاً إدارية وقد وجدت هذه الاعتبارات – التي اقتضت انحسار الرقابة القضائية عن هذه الاعمال – صدى لدى القضاء الدستوري في الدول التي أخذت بنظام الرقابة على دستورية القوانين ، فاستبعدت أعمال السيادة من نطاق هذه الرقابة . انظر د. أحمد عبد الوهاب السيد ، الحماية الدستورية لحق الانسان في قضاء طبيعي ، مرجع سابق ، ص ٣٠١ ، و د. محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية ، ط١ منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢، ص٣٢

٤٩- راجع في تفصيلات هذه النظرية : د. عبد الفتاح ساير داير ، نظرية اعمال السيادة (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي)، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ، ١٩٥٥ ، و د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة للقانون ، مرجع سابق ، ص٩٤ وما بعدها

٥٠- انظر د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية ، مرجع سابق ، ص١٦٢ ، و د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص٥٥٣

٥١- انظر د. عبد الحميد حسن محمد ، حماية الحقوق والحريات في أحكام

المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق، ص ص٣٤٨ – ٣٤٩ ، و د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية ، مرجع سابق ، ص١٦٩

٥٢- نظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، قضاء الدستورية في مصر ، مرجع سابق ، ص١٣٩

٥٣- انظر القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ ، مجموعة احكام م.د.ع ، الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص٣٧٦ وما بعدها

٥٤- انظر د. عبد الحفيظ الشبمي ، القضاء الدستوري وحماية الحريات الاساسية في القانون المصري والفرنسي ، مرجع سابق ، ص٦٥٤.

٥٥- القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية " دستورية" ، جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ ، موسوعة مراد لأحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الاول ، ص٦٦٠ وما بعدها.

٥٦٧- لم يكن هنالك نص تشريعي في العراق يتناول استبعاد اعمال السيادة عن الرقابة القضائية قبل سنة ١٩٦٣ ، ولكن مع ذلك كان القضاء العراقي يستبعد بعض الأعمال عن رقابته بإضفاء هذه الصفة عليها . وان أول نص تشريعي ورد بشأن استبعاد أعمال السيادة عن الرقابة القضائية هو نص المادة (٤) من قانون السلطة القضائية الملغي رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣. وبعد إلغاء هذا القانون تناولت المادة (١٠) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ الاشارة إلى أعمال السيادة واستبعادها من الرقابة القضائية ، كما نصت المادة السابعة / خامساً من قانون مجلس شورى الدولة لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ على ان " لا تختص محكمة القضاء الاداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي أ. اعمال السيادة .. " وقد شهد القضاء العادي وقضاء محكمة القضاء الاداري العديد من تطبيقات نظرية أعمال السيادة.

انظر :قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ الموسوعة القانونية، إعداد علي محمد الكرباسي ، مطبعة الزمان، بغداد ، ٢٠٠٠قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ ، الموسوعة القانونية ، إعداد علي محمد الكرباسي، مطبعة الزمان بغداد، ٢٠٠٠.

٥٧- انظر د. غازي فيصل مهدي ، الدستور العراقي الدائم أفكار وطموحات ، مركز المستقبل للدراسات والبحوث، http:// www. mcsr.net2005 ص ص ٨-٩

٥٨- قد تباشر المحكمة الدستورية سلطة الإلغاء السابق في مرحلة اقتراح القانون

وقبل عرضه على البرلمان ، ففي السويد يقوم المجلس القانوني الذي يتكون من قضاة المحكمة العليا بدور فعال في هذه المرحلة . فالاقتراحات الخاصة بالتشريعات الجديدة لا تعرض على البرلمان الا بعد ان يتشاور مجلس الدولة بشأنها مع المجلس القانوني، إذ تعد هذه المشاورات جزءاً من عملية سن القوانين.

غير أن الوضع الغالب ان تباشر هذه السلطة بعد سن القانون وقبل اصداره . فالقوانين التي يقرها البرلمان لا بد ان ترسل إلى رئيس الدولة ليقوم باصدارها ، وقد يرى رئيس الدولة إحالة القانون إلى محكمة خاصة تحددها بعض الدساتير للتحقق من دستورية القانون قبل اصداره ، ويمارس القضاء هذه السلطة نتيجة لطلب رئيس الدولة في بعض الدساتير (كما في دستور مملكة البحرين الصادر في ١٤ فبراير سنة ٢٠٠٢) ، ونتيجة لطلب المجلس التشريعي في بعضها (كما في دستور الاكوادور الصادر سنة ١٩٢٩ ، ونتيجة لطلب أي من كليهما في بعضها الاخر (كما في الدستور السوري الصادر سنة (١٩٥٠).

انظر د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص١٥٥-١٥٧

٥٩- انظر د. محمد جمال عثمان جبريل ، أثر الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص١٩

٦٠- انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٢١ ، و د. عثمان عبد الملك الصالح ، الرقابة القضائية امام المحكمة الدستورية في الكويت ، ط١ ، مطابع كويت تايمز ، اصدار مجلة الحقوق ، كلية الحقوق – جامعة الكويت – ، ١٩٨٦ ، ص٣٤

٦١- الأصل ان الحكم بعدم الدستورية في النمسا يبدأ نفاذه من يوم نشره ولا يرتد إلى الماضي (م ١٣٩ – ١٤٠ من الدستور النمساوي الصادر سنة ١٩٢٠) ، إلا أن المشرع الدستوري في تعديل ١٩٧٥ اعطى للمحكمة الدستورية سلطة تقديرية تستطيع بمقتضاها ان تعطي للحكم بعدم الدستورية أثراً رجعياً تقدر مداه. انظر د. يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، مرجع سابق ، ص٧٢

٦٢- ولا يجوز للمحكمة الدستورية – بأي حال من الاحوال – ان تصدر احكاماً

بدستورية التشريعات . المستشار عز الدين الدناصوري ، و د. عبد الحـــميد. الشواربي ؛ الدعوى الدستورية ، ط١، منشأ المعارف ، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص٢٧

٦٣- انظر د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحـــريات ، مرجع سابق ، ص٣٠٠

٦٤- تعني فكرة الأمن القانوني ضرورة التزام السلطات العامة بتحقـــيق قـــدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد ادنى من الاستقـــرار للمراكز القـــانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقـــات القـــانونية من اشخاص قانونية عامة وخاصة . وتتمثل فكرة الامن القانونـي باربع صور هي: عدم رجعية القوانين ، وضرورة احترام الحقوق المكتسبة للافراد التي استمدوها بطريق مشروع من القوانين القائمة ، ووجوب التزام الدولة – في التشريعات التي تصدرها – بـــعدم مفاجئة الافراد أو مصادمة توقـــعاتهم المشـــروعة ، والصورة الرابعة تتعلق بوجوب تقـــرير ضوابـــط للاثر الرجعي للاحـــكام الصادرة من القضاء الدستوري وهو بصدد ممارسة الرقابـــة اللاحقـــة على دستورية القوانين

انظر د. يسري محمد العصار ، الحماية الدســـتورية للأمن القـــانوني في قـــضاء المحكمة الدستورية ، مجلة الدســـتورية، العدد الثالث ، الســـنة الاولى ، يوليو ٢٠٠٣ ، ص ص ٥١-٥٢

٦٥- د. شعبان أحمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دســـتورية القـــوانين ، مرجع سابق ، ص ٤٥٥

٦٦- انظر د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحـــريات ، مرجع سابق ، ص٣٠٠

٦٧- انظر د. شعبان أحمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص٤٤٢

٦٨- لجأ المجلس الدستوري الفرنسي إلى هذه التقنية الجديدة – المطابقة مع التحفظ Conformite sous reserve –بهدف التخفيف من وطأة قراراته بالإبطال على الأغلبية البرلمانية ، بحيث يعمد من خلال هذه التقنية إلى اصدار قـــراره على أساس "ان كل تفسير بخلاف ذلك يعتبر مخالفاً للدستور.."

انظر د. أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، مرجع سابق ، ص٢٧٦

٦٩- ظهرت هذه النوعية من القرارات في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي منذ

بواكير عهده بالرقابة ، إذ استخدمها المجلس الدستوري بـادئ الامر بـصدد الرقابة على دستورية اللوائح البرلمانية ، وكان ذلك في ثاني قـرار يصدر من المجلس الدستوري وهو القرار رقم "٢ – ٥٩" الصادر في ٢٤ يونيو ١٩٥٩ بشأن الرقابة على دستورية لائحة الجمعية الوطنية ، وكذلك قراره رقم "٣٧ – ٦٩" الصادر في ٢٠ نوفمبر ١٩٦٩ بشـأن الرقابـة على بـعض التعديلات المدخلة على لائحة الجمعية الوطنية ، حيث قـرر المجلس الدسـتوري عدم دستورية بـعض نصوصها ودسـتورية باقـي النصوص بشـرط مراعاة التفسيرات التي اوضحـها المجلس الدسـتوري ومنها عدم المسـاس بحـق التصويت الشخصي لاعضاء البرلمان . ثم انتقلت تلك النوعية من القرارات ، بعد ذلك للرقابة على دسـتورية التشـريعات البـرلمانية منذ قـرار المجلس الدستوري رقم "٣٥ – ٦٨" الصادر في ٣٠ يناير ١٩٦٨ ، ثم توالت قـرارات المجلس الدستوري في نفس الاتجاه.

انظر د. شعبان أحمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القـوانين ، مرجع سابق ، ص ص٤٣٨-٤٤٣

٧٠- انظر د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مرجع سابق ، ص٢٣٨

٧١- نظر د. منير عبد المجيد ، أصول الرقابة القضائية على دسـتورية القـوانين واللوائح ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص١١

72–Dorchy v. Kansas . 264 U.S. 286 (1924)

نقلاً عن د. أحمد كمال ابو المجد ، الرقابـة على دسـتورية القـوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري ، مرجع سابق ، ص٢٢٦

٧٣- انظر د. يسري محمد العصار ، التصدي في القضاء الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ص٣٧ – ٣٨

٧٤- القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية " دستورية " ، جلسـة ٢ يناير سـنة ١٩٩٣ ، مجموعة احكام م.د.ع ، الجزء الخامس، المجلد الثاني ، ص١٣٥ – ١٣٦

٧٥- انظر د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدسـتورية ، مرجع سابـق ، ص١٣٠ ، و د. أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في إرسـاء دولة القانون ، مرجع سابق ، ص٢٧٦

٧٦- انظر د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحـريات ، مرجع سابق ، ص٣٠١

٧٧- انظر د. صبري محمد السنوسي محمد ، آثار الحكم بعدم الدستورية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ص ٩٩ - ١٠٠

٧٨-انظر د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مرجع سابق ، ص ٣٤٩

٧٩- انظر د. إبراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه و القضاء ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٤٥٩

٨٠- د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مرجع سابق ، ص ٢٧٩

٨١- حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٥ لسنة ١٩٦٩ ، نقلاً عن د. أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٢٨١

(82)Conseil Constitutionnel 83 – 167 D.C.,19 Jan v. 1984 , RJC-I, P.177

نقلاً عن د. شعبان أحمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ٤٥٠

٨٣- انظر د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، مرجع سابق ، ص ٢٨٢.

الفصل الثاني

حجية الحكم بعدم دستورية نص تشريعي والنتائج المترتبة عليها

الفصل الثاني

حجية الحكم بعدم دستورية نص تشريعي والنتائج المترتبة عليها

المبحث الأول : حجية الحكم بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة .

يقصد بالحجية أن الحكم القضائي إذا صدر ، فإنه يكون حجة فيما فصل فيه من الحقوق، بمعنى أنه يحوز الإحترام والإلزام سواء امام المحكمة التي اصدرته أو امام المحاكم الاخرى بما يمنع من اعادة نظر النزاع في المسألة المقضي فيها مرة اخرى . فإذا أقام أحد الخصوم دعوى جديدة امام المحاكم لإثارة النزاع المقضي فيه ، كان للخصم الآخر أن يدفع بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها ، وهو دفع من النظام العام يجوز إبداؤه في أي مرحلة من مراحل التقاضي ، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها(١). وحجية الأحكام نوعان، **أولهما** حجية نسبية إذ يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدر بشأنها الحكم وعلى ذات النزاع الذي فصل فيه محلاً وسبباً ، ويشترط في إعمال هذه الحجية اتحاد الخصوم واتحاد الموضوع واتحاد السبب .**وثانيهما** حجية مطلقة إذ لا يخضع إعمالها لأي شرط من الشروط السابقة ، فأثر الحكم يمتد بحجيته إلى الكافة ، أي الخصوم وغير الخصوم في الدعوى ، بل وسلطات الدولة ايضاً. ونظراً لكون الحكم الحائز للحجية المطلقة متحرر من شرط اتحاد السبب ، فان الحكم يعمل أثره ويحق التمسك به في أي دعوى ولو أختلفت في سببها عن الدعوى التي صدر بشأنها الحكم الحائز للحجية المطلقة(٢).

وإذا كانت القاعدة العامة في الأحكام القضائية (القضاء الشخصي) بوجه عام ، انها ذات حجية نسبية ، لكن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية لا تشملها هذه القاعدة على إطلاقها. وإنما هناك تفصيلات تختلف باختلاف النظم الدستورية في القانون المقارن . إذ يتم تحديد أثر الحكم وحجيته في

ضوء السلطات الممنوحة للجهة المختصة برقابة دستورية القوانين:

١- بعض النظم شأن النظام المطبق في الولايات المتحدة الأمريكية، تسمح للجهة القضائية المختصة برقابة الدستورية بالامتناع عن تطبيق التشريع الذي يتبين لها عدم دستوريته على النزاع المطروح عليها، وهنا تكون الحجية التي يحوزها الحكم الصادر بعدم الدستورية حجية نسبية، لا تتجاوز حدود النزاع الذي كان معروضاً امام المحكمة التي أصدرت الحكم ولا يمتنع معها من الناحية النظرية إمكان إعادة تطبيق القانون المقضي بعدم دستوريته في مناسبات اخرى.

٢- وقد تصل سلطة الجهة القضائية المختصة برقابة الدستورية في بعض النظم كما هو الحال في سويسرا، وايطاليا، والعراق إلى إلغاء القانون الذي تقضي بمخالفته للدستور، ومثل هذا القضاء يحوز حجية مطلقة لا نسبية، مما يؤدي إلى تصفية النزاع حول دستورية القانون مرة واحدة وبصفة نهائية، وبالتالي لا يسمح في المستقبل بإثارة هذه المشكلة من جديد.

٣- وبجوار هاتين الصورتين المتقدمتين (الامتناع - الإلغاء) فانه - وعلى ما سبقت الاشارة اليه في الفصل التمهيدي - توجد صورتان أخريان يعرفهما النظام الأمريكي، أولهما - اصدار أمر قضائي بالمنع، والثانية - هي الالتجاء إلى دعوى تقرير الحقوق. والحجية التي يحوزها الامر القضائي بالمنع، وكذلك الحكم التقريري حجية نسبية شأنهما في ذلك شأن الحكم بالامتناع(٣).

ولبيان طبيعة وحجية الحكم بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة محل الدراسة، سيتم توضيح ذلك في المطالب الثلاثة الآتية :

المطلب الأول : حجية الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية.

يتسم القضاء الأمريكي في صدد رقابة الدستورية بأنه قضاء امتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، وهو ما حرص هذا القضاء على تأكيده منذ بدأ ممارسته للرقابة. فبينت المحكمة الاتحادية العليا في العديد من

أحكامها " ان القوانين المخالفة للدستور لا يقضى ببطلانها ولا بالغائها على ما جرى به التعبير دائماً ، بل هو لا يرتب على مخالفتها للدستور أي جزاء عام يمسها في كيانها ، وانما كل ما يفعله إذا اكتشف تعارضها مع الدستور أن يمتنع عن تطبيقها في خصوص النزاع المعروض أمامه ، مؤثراً طاعة النصوص الدستورية على التزام أوامر المشرع التي تخالفها وتخرج على حدودها ، ويترتب على ذلك أن تقضي المحكمة في الخصومة الموضوعية متجاهلة تماماً وجود القانون المخالف للدستور"(4).

وهو ما رددته المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية في عام ١٩٣٦ في قضية. United States v. Butler من انه " يجب الا يساء فهم مهمة المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين ، إذ كثيراً ما يقال إن المحكمة تبطل القوانين المخالفة للدستور وهو قول غير صحيح ، إذ كل ما تفعله المحكمة انها تضع النص الدستوري إلى جوار النص القانوني المطعون فيه لتحدد حقيقة ما بينهما من توافق أو تعارض ، فإذا فصلت في هذه المشكلة ورتبت عليها نتيجتها في خصوص الدعوى المعروضة امامها فقد انتهت مهمتها بالنسبة للقانون" (5).

وقد رتب الفقه على ذلك نتيجة مؤداها ان الحكم بعدم الدستورية في النظام الأمريكي يحوز حجية نسبية يقتصر أثرها على طرفي النزاع في صدد الخصومة القائمة بينهما ، فهو لا يلزم سوى أطراف العلاقة ، ومن الممكن اختلاف الوضع في دعوى اخرى على الرغم من الاستناد إلى القانون نفسه ، وبالتالي فان هذا الحكم لا يلزم المحكمة التي اصدرته ولا المحاكم الاخرى(6).

وإذا كانت هذه النتيجة تنصرف إلى الأحكام الصادرة من جميع المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها – في النظام القضائي الأمريكي ، إلا انه يلاحظ ان الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا تكون له خصوصية معينة بحكم ان هذه المحكمة تحتل قمة الجهاز القضائي و هي

صاحبة القول الفصل في دستورية القوانين ، بالاضافة إلى انها مع غيرها من المحاكم في النظام القضائي للولايات المتحدة تخضع لمبدأ حـجية السوابـق القضائية ، الذي تأخذ به الدول الانكلوسكسونية عموماً ، والذي يعني ان تتقيد المحكمة بالحكم الذي أصدرته في قضية مماثلة، كما تتقيد به المحاكم التي في نفس درجتها والأدنى منها درجة ، وعليه يعد الحـكم الصادر من المحـكمة الاتحادية العليا ملزماً لكافة المحاكم الأخرى ، فلا تستطيع تلك المحاكم مخالفة أحكام المحـكمة الاتحـادية العليا وإلا تعرضت للإلغاء حـال الطعن عليها بالنقض امام المحكمة الأخيرة(7).

ولقد اختلف الفقه بصدد تحديد نوع الحجية المترتبة على الحكم بـعدم الدستورية الصادر من المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية ، إذ ذهب رأي في الفقـه إلى انه نظرا للأهمية الخاصة للمحـكمة الاتحـادية العليا في النظام القضائي الأمريكي ، ونظراً لأن من السـائد نظرياً في ذلك النظام ، احـترام المحاكم الدنيا لأحكام المحاكم العليا التي تتمتع أحـكامها بحـجية السوابـق القضائية ، فان الناحية العملية تجعل من المحكمة الاتحـادية العليا صاحبـة الكلمة النهائية ، في خصوص مبدأ الرقابة على دستورية القـوانين ، حـيث يترتب على قضائها بعدم الدستورية في مواجهة قانون ما ، ما يعادل إبطال او إلغاء ذلك القانون ، بحـيث – على الرغم من عدم إبـطاله نهائيا –يكون ذلك القانون في حكم الملغي ، وتغفل مجموعات القوانين الأمريكية الإشـارة إليه، كونه عديم الفاعلية (٨) . وبذلك تتحول الحجية النسبية إلى حجية مطلقـة من الناحية الفعلية(9).

ويستدل هذا الرأي على صحة قوله بقرار المحـكمة العليا الأمريكية نفسها في قضية Norton v. Shelby country حيث تذهب المحكمة إلى "**ان التشريع المخالف للدستور ليس في الحقيقة قانوناً على الاطلاق فهو لا ينشئ حقوقاً ، او يرتب واجبات ، ولا يمنح حماية، ولا ينشـئ وظيفة ، وهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تماماً ، وكأنه لم يصدر أصلاً“ .(10)**

في حين ذهب الرأي الثاني من الفقه إلى ان الحـجية التي يتمتع بـها الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا لا يحوز سوى حجية نسبية ، ذلك

أن المحكمة الاتحادية العليا قد تعدل عن قضائها السابق إذا ما تغيرت الظروف فتقر دستورية بعض القوانين التي سبق وان حكمت بعدم دستوريتها . من ذلك مثلا ما حدث عام ١٩٧٢ عندما قررت المحكمة الاتحادية العليا عدم دستورية عقوبة الإعدام ، ثم عادت وقررت دستوريتها فيما بعد عام ١٩٧٦ ، وهو الأمر الذي يتفق مع فكرة الحجية النسبية لا المطلقة . كما أن أحكام المحكمة الاتحادية العليا عملاً تتوافق مع القول بان المحكمة ليست لها سلطة أن تلغي أو تفسخ أو تنقض التشريع ، وأنه بالرغم من حكم عدم الدستورية فالقانون يستمر العمل به إلى أن يلغيه المشرع ، الأمر الذي يستفاد منه تمتع هذه الأحكام بالحجية النسبية دون المطلقة(11).

ونعتقد أن الاتجاه الاول من الفقه الذي يضفي الحجية المطلقة على أحكام المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية بعدم الدستورية هو الراجح وللاسباب الآتية:-

١- الاخذ بمبدأ حجية السوابق القضائية وما يقرره من الزام جميع المحاكم في النظام القضائي الأمريكي بما تصدره المحكمة الاتحادية العليا من أحكام ومنها الأحكام بعدم الدستورية . حيث يتعين على جميع المحاكم الامتناع عن تطبيق النص ، أو القانون الذي قضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستوريته.

٢- الطبيعة المركبة للدور الذي تؤديه المحكمة الاتحادية العليا في توجيه النظام الأمريكي كله، فإلى جانب وظيفتها القضائية على رأس المحاكم الاتحادية والخصومات الفردية التي يحتاج الفصل فيها إلى تفسير الدستور والقوانين الاتحادية ، فان لها فوق ذلك دوراً دستورياً خطيراً في توطيد مبدأ الشرعية والحكومة المقيدة بحماية الحقوق والحريات الفردية وتحقيق التوازن بين السلطات وذلك بما تقرر لها او قررته لنفسها من حق مراقبة الهيئتين التشريعية والتنفيذية وإلزامهما حدودهما الدستورية حتى صارت بذلك قيمة على الدستور وناطقة باسمه (12).وان هذا الدور المهم الذي تؤديه المحكمة الاتحادية العليا أضفى على أحكامها طابع الإلزام ليس فقط بالنسبة إلى جميع المحاكم في الدولة بل امتد ليشمل الرئيس والكونكرس والولايات والشعب (١٣) . أي امتد ليشمل جميع سلطات الدولة والكافة من الأفراد . وهذا الالزام

لا ينتج أثره إلا إذا كانت حجية أحكام المحكمة الاتحادية العليا مطلقة.

٣- اما عن عدول المحكمة الاتحادية العليا عن بعض أحكامها السابقة وما أثاره أصحاب الاتجاه الثاني من الفقه بهذا الصدد إذ أخذوا من هذا العدول دليلاً على أسباغ الحجية النسبية من دون المطلقة على أحكام المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية . فانه يمكن الرد عليهم بأن مسألة عدول المحكمة عن أحكامها بعدم الدستورية بات اتجاهاً مألوفاً حتى بالنسبة للدول التي تقرر الحجية المطلقة لأحكامها بعدم الدستورية في الدستور وفي قوانين المحكمة الدستورية ، حيث أخذت المحاكم الدستورية في بعض الدول الاوربية – كما سيتم بيانه في المبحث الثاني من هذا الفصل – بالعدول عن احكامها الدستورية السابقة إذا ما تطلب ذلك تغير الظروف والاوضاع ، ولم يدع احد إلى نزع صبغة الحجية المطلقة عن أحكامها .

<u>المطلب الثاني : حجية الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر .</u>

نظمت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ حجية الأحكام الصادرة عنها فقررت ان " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة ، وتنشر الأحكام والقرارات المشار اليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها"

والذي يمكن أن نستفيد منه في هذا النص أن الحكم الصادر في الدعوى الدستورية ذو حجية مطلقة وعامة ، مما يؤدي إلى تصفية النزاع حول دستورية القانون او اللائحة مرة واحدة وبصفة نهائية ، وبالتالي لا يسمح في المستقبل بإثارة هذه المشكلة من جديد بصدد الحالات الجزئية التي يمكن أن يحكمها هذا القانون ، أو تلك اللائحة (14). وتقرير الحجية المطلقة للأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ، هو اتجاه يتفق مع هدف المشرع الدستوري من إنشاء هذه المحكمة . فالمشرع قد جعل الرقابة على دستورية القوانين مركزة في يد المحكمة الدستورية العليا ، حتى لا يترك امر البت في مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها حسبما كان يجري عليه العرف القضائي في مصر ، وحتى لا تتباين وجوه الرأي(15).

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا منذ بواكير عهدها على أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية ، وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري – سواء أكان عيباً شكلياً أم عيباً موضوعياً – تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها ، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع جهات القضاء ، سواء أكانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون عليه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس(١٦) . من ذلك حكمها الصادر في ٥ نوفمبر ١٩٨٣ ، والذي أوضحت فيه المحكمة :

" ان الفقرة الأولى من المادة " ١٧٥ " من الدستور قد نصت على أن " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح .." كما قضت المادة " ١٧٨ " من الدستور بان " تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية " ، ونصت الفقرة الاولى من المادة " ٤٩ " من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على ان " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة " .. ومؤدى ذلك أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستوري . تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها ، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة ، وتلتزم به جميع سلطات الدولة ، سواء أكانت هذه الأحكام قد أنتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه ام إلى دستوريته ، ورفض الدعوى على هذا الأساس ، وذلك لعموم نصوص المادتين ١٧٥ ، ١٧٨ من الدستور والمادة ١/٤٩ من قانون المحكمة المشار اليها ، ولأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اختصت بها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلغي قوة نفاذه ، أو إلى تقرير دستوريته ، وبالتالي سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان(17)" .

يتبين من ذلك ان اتجاه المحكمة الدستورية العليا واضح بشان تقرير الحجية المطلقة لجميع الأحكام الصادرة عنها سواء أكانت بعدم الدستورية ، ام برفض الطعن (الرفض الموضوعي). وعلى الرغم من وجود اجماع فقهي على تأييد مسلك المحكمة الدستورية العليا بشان تقرير الحجية المطلقة للأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، الا انه هناك خلاف فقهي واسع بشان تقرير الحجية المطلقة للأحكام الصادرة برفض الدعوى (١٨) . وهذا البحث في غنى عن الدخول في تفاصيل هذا الخلاف لاقتصار نطاق الدراسة فيه على الحكم بعدم الدستورية والحجية المطلقة لهذا الحكم الاخير لا تثير لبساً ولا خلافاً وأمرها محسوم تشريعاً وفقهاً وقضاءً. ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا قد جرت في أحكامها على ان الفصل في أوجه الطعن الشكلية المثارة بالنسبة للقانون المعروض أمر دستوريته لا يحول دون إمكان رفع الطعن امامها مرة ثانية بالنسبة للقانون نفسه إذا كان الطعن الجديد يتعرض للقانون من الناحية الموضوعية ، إذ تقتصر حجية الحكم المطلقة على الجوانب الشكلية للقانون التي فحصتها المحكمة . إلا أن ما يصدر عن المحكمة من أحكام في المطاعن الموضوعية على القانون يعني بالضرورة تعرض المحكمة لبحث المطاعن الشكلية بالنسبة له ، مما يؤدي إلى الحجية المطلقة بالنسبة للنص المطعون فيه من الناحيتين الشكلية والموضوعية(١٩). كما استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية والمانعة من نظر أي طعن دستوري جديد يقتصر نطاق حجيتها المطلقة على النصوص التشريعية التي كانت مثاراً للمنازعة حول دستوريتها وفصلت فيها المحكمة فصلاً حاسماً بقضائها . اما ما لم يكن مطروحاً على المحكمة ولم يكن مثاراً للنزاع امامها ولم تفصل فيه بالفعل فلا تمتد إليه الحجية المطلقة للحكم الصادر في الدعوى الدستورية . ويترتب على ذلك أن الطعن بعدم الدستورية قد يتناول القانون كله أو اللائحة كلها ، وقد يقتصر على مادة أو عدة مواد في قانون أو لائحة ، ومن هنا فان حكم المحكمة الدستورية العليا سوف يقتصر على النص أو النصوص التي كانت محلاً للطعن ، ومن ثم يجوز لصاحب الشأن أن يرفع دعوى بعدم دستورية أي نص تشريعي آخر في القانون نفسه أو اللائحة خلاف النص

الذي قضى بعدم دستوريته من دون أن يقضي بعدم قبول هذه الدعوى الدستورية ، ولا يكون للحكم الصادر في الدعوى السابقة حجة مانعة من نظر الدعوى الجديدة (20).

المطلب الثالث : حجية الحكم بعدم الدستورية في القضاء الدستوري العراقي .

أولاً : حجية الحكم بعدم الدستورية في أحكام المحكمة العليا – وفقا للقانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥–.

أشارت المادة (٨٣) من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ إلى وظيفة البت في دستورية القوانين والأنظمة التي عهدت بها إلى المحكمة العليا. وهذا يدل على ان القانون الأساسي العراقي قد أخذ بالمذهب الذي يجعل الفصل في هذه المسائل الدستورية من وظيفة محكمة خاصة تنفرد بها من دون سائر المحاكم الاخرى – مركزية الرقابة – ، لذا كان طبيعياً ان يكون الحكم الذي تصدره المحكمة العليا إذا ما تحققت من عدم دستورية قانون ما ، قاضية بالغائه ، ذا حجية مطلقة غير مقصورة على طرفي النزاع(21).

وهذا ما أفادت به المادة (٨٦) من القانون الأساسي – قبل تعديلها – بقولها : " كل قرار يصدر من المحكمة العليا مبيناً مخالفة أحد القوانين أو بعض أحكامه لأحكام هذا القانون الأساسي يجب ان يصدر بأكثرية ثلثي اراء المحكمة . وإذا صدر قرار من هذا القبيل يكون ذلك القانون أو القسم المخالف منه لهذا القانون الأساسي ملغياً من الأصل (22). "كما نستفيد من نص المادة (٨٧) من القانون الأساسي بان قرارات المحكمة العليا ملزمة للكافة وغير قابلة للطعن فيها امام أي هيئة اخرى ويجب تطبيق تلك القرارات في جميع المحاكم ودوائر الدولة .

يتضح من نصوص المواد السالفة الذكر ان الحكم الصادر من المحكمة العليا بشان دستورية قانون ما ، سواء أكان بعدم الدستورية أم برفض الطعن ، فالنص جاء مطلقاً ، يكون قطعياً غير قابل للاستئناف أو الطعن امام أية جهة اخرى ، وحائزاً الحجية المطلقة فهو ملزم للكافة وعلى دوائر الدولة جميعها والمحاكم الالتزام بما ورد فيه . ويرد على هذه القاعدة استثناءً وحيداً –

وهذا الاستثناء وجد بعد صدور الدستور الاتحادي بين العراق والاردن ١٩٥٨ – هو انه إذا كان في قرار المحكمة مساس بأحكام الدستور الاتحادي كأن اصدرت المحكمة العليا قراراً بدستورية قانون عرض عليها على الرغم من مخالفته لأحكام الدستور الاتحادي او احتمال مخالفته لتلك الأحكام ، أو انها حكمت بعدم دستورية القانون على الرغم من انه تطبيق لأحكام الدستور الاتحادي فعندها لا تكون لقراراتها الصفة القطعية ويجوز الطعن فيها عن طريق استئنافها امام المحكمة العليا الاتحادية (م ٥٩/ف و من الدستور الاتحادي)، وذلك خلال نفاذ الدستور الاتحادي بجانب الدستور العراقي لعام١٩٢٥(٢٣).

وبخصوص الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بصدد دستورية القوانين ، ومدى تمسك هذه المحكمة بالحجية المطلقة لما ورد في أحكامها ، فإنه لابد من الإشارة إلى أن المحكمة العليا لم تمارس اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين إلا مرة واحدة ، وذلك عندما شكلت المحكمة العليا بموجب الإرادة الملكية المرقمة (٣٦٧) لسنة ١٩٣٩ للنظر في مدى توافق قانون منع الدعايات المضرة رقم (٢٠) الصادر بتاريخ ١٩٣٨/٣/٨ مع أحكام القانون الأساسي ، والذي قررت فيه المحكمة أنه " **عند ملاحظة القانون المشار اليه رأت اكثرية المحكمة ، بان المادة الرابعة منه قد أناطت بمجلس الوزراء حق منع أي شخص من الإقامة في مكان او امكنة داخل العراق ، وجعل الشخص تحت مراقبة الشرطة ، .... ، وحيث أن تكليف الشخص بأن يكون تحت مراقبة الشرطة أو تكليفه بالإقامة في أماكن دون غيرها يدخل ضمن سلطة القضاء ، فبهذا الاعتبار وجدت أكثرية المحكمة ان المادة الرابعة من قانون منع الدعايات المضرة رقم(٢٠) لسنة١٩٣٨ قد خولت مجلس الوزراء صلاحيات هي مناطة–بحكم القانون الأساسي–بالسلطة القضائية، ولما كانت المادة الخامسة من القانون موضوع البحث مرتبطة بالمادة الرابعة آنفة الذكر، ترى المحكمة أن المادتين المذكورتين مخالفتين للدستور،وبالنظر للمادة(٨٦)فقد أصبحتا ملغيتين من الأصل**".(٢٤)

ونستفيد من العبارة الاخيرة الواردة في الحكم سالف الذكر ، ان

المحكمة العليا ذكرت الأثر المترتب على مخالفة المادتين (٤ و ٥) من قانون منع الدعايات المضرة للقانون الأساسي، وذلك بـان اعتبـرتهما ملغيتين من الأصل . وحكم الإلغاء بطبيعة الحال هو النتيجة الطبيعية المترتبـة على تمتع الأحكام الدستورية بالحجية المطلقة تجاه جميع سلطات الدولة.

ثانياً : حجية الحكم بعدم الدستورية في أحكام المحكمة الدسـتورية العليا–وفقاً لدستور ١٩٦٨ المؤقت–.

نصت المادة (٨٧) من دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ المؤقـت على ان " تشكل بقانون محكمة دستورية عليا .. ويكون قرارها ملزماً ." وبـذلك يكون المشرع الدستوري قد أخذ بنظام مركزية الرقابة الدسـتورية إذ عهد بـمهمة البت بدستورية القوانين إلى محكمة متخصصة تنفرد بـالنظر في مدى توافق القواعد القانونية مع أحكام الدستور . لذا كان من البديهي أن تكون أحكامها ، في خصوص الدعاوى الدستورية المقامة امامها والتي هي بطبـيعتها دعوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها ، قـطعية وملزمة وذات حجية مطلقة لا يقتصر أثرها على الخصوم في المنازعة وانما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بـه جميع سـلطات الدولة . وهذا هو ما يستفاد منه بوضوح من نص الفقـرة الأولى من المادة السادسـة من قـانون المحكمة الدستورية العليا التي تقضي بان قرار المحكمة بـمخالفة قـانون او بعض مواده لأحكام الدستور ، يصبـح القـانون او الجزء المخالف منه ملغياً اعتبارا من تاريخ صدور قرار المحكمة. والإلغاء هو الأثر الطبيعي المترتب على تمتع الأحكام بالحجية المطلقة . هذا ويتم تبليغ قرار المحكمة الدستورية العليا إلى ديوان مجلس الوزراء لنشـره في الجريدة الرسـمية وتبـليغه إلى الوزارات والجهات المختصة للعمل بمقتضاه (المادة ٧ من قانون المخكمة). ونشر القرار في الجريدة الرسمية بقصد علم الكافة به وتبـليغه إلى الوزارات والجهات المختصة للعمل بمقتضاه، يؤكدان أن أحكام المحـكمة الدسـتورية العليا ذو حجية مطلقة وملزمة لجميع السـلطات العامة في الدولة والكافة من الأغيار . هذا وقد نوهنا فيما سبق ، إلى انه في ظل هذا الدستور والقانون الذي صدر بموجبه (قـانون المحـكمة الدسـتورية العليا) ، لم تمارس المحـكمة الدستورية العليا اختصاصها في البت بدستورية القوانين ، وبـالتالي لم يكن بالإمكان معرفة اتجاهها بصدد تمسكها بالحجية المطلقة لأحكامها .

ثالثاً : حجية الحكم بعدم الدستورية في أحكام المحكمة الاتحادية العليا – وفقا لقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ –.

بعد ان بينت المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا والتي من بينها البت في دعاوى دستورية قانون أو نظام أو تعليمات (فقرة ب – ٢ –) ، جعلت قراراتها في هذا الخصوص ملزمة (فقرة – د –) ، ومنحت المحكمة مطلق السلطة بتنفيذ قراراتها والتي من ضمنها إصدار قرار بازدراء المحكمة وما يترتب على ذلك من إجراءات .ثم جاء قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ ليفصل مهام المحكمة الاتحادية العليا والتي من بينها الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق اصدارها ، وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية (المادة ٤ / فقرة ثانيا) ، وجعل الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باتة أي قطعية (المادة ٥/ ثانيا) . وهذا ما أكده النظام الداخلي للمحكمة رقم (١) لسنة ٢٠٠٥(٢٥) . إذ جاء في المادة (١٧) منه ان الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة باتة لا تقبل أي طريق من طرق الطعن .

نستفيد من نصوص المواد سالفة الذكر ، ان أحكام المحكمة الاتحادية العليا فيما يتعلق بدستورية القوانين والأنظمة والتعليمات باتة أي قطعية ولا يجوز الطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن وهو ما يعني ان التقاضي امام المحكمة الاتحادية العليا فيما يتعلق بدستورية القوانين يكون على درجة واحدة ، كما ان عدم القابلية للطعن تشمل جميع طرق الطعن العادية وغير العادية وسواء كان الحكم بعدم الدستورية او برفض الدعوى لان النص ورد مطلقاً بهذا الخصوص . كما ان هذه الأحكام تتمتع بالحجية المطلقة فهي ملزمة للسلطات العامة وللكافة وعلى الجميع احترامها وتطبيقها . اما عن اتجاهات المحكمة الاتحادية العليا بصدد موضوع الحجية المطلقة للأحكام الصادرة منها والمتعلقة بدستورية القوانين ، فانه بالرغم من تشكيل هذه المحكمة بالفعل الا انها لم تمارس اختصاصاتها وقد يعول ذلك على قصر المدة إذ سرعان ما صدر دستور جمهورية العراق الدائم لسنة ٢٠٠٥.

رابعاً : حجية الحكم بعدم الدستورية في أحكام المحكمة الاتحادية العليا – وفقاً لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ -.

بينت المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا وكان أول هذه الاختصاصات هي الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة. اما المادة (٩٤) من الدستور فقد نصت على ان " قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة " ونستفيد من نص هاتين المادتين أن المشرع الدستوري أخذ بنظام مركزية الرقابة الدستورية إذ أوكل مهمة البت في دستورية القوانين والأنظمة إلى المحكمة الاتحادية العليا ، وبذلك لا يمكن لأي محكمة اخرى ان تمارس هذا الاختصاص ، وفي ذلك ضمان لوحدة الأحكام القضائية المتعلقة بدستورية القوانين والأنظمة . ثم جعل المشرع قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة أي قطعية فلا يجوز الطعن عليها بأي وجه من أوجه الطعن ، كما جعلها ملزمة لجميع سلطات الدولة . من ذلك نخلص إلى ان أحكام المحكمة الاتحادية العليا ذات حجية مطلقة وليست نسبية ، وهذه الأحكام تتمتع بالحجية المطلقة سواء أكانت بعدم الدستورية او بالرفض الموضوعي وذلك لأن نص المادة (٩٤) صريح وواضح وورد مطلقاً .

المبحث الثاني : النتائج المترتبة على حجية الحكم بعدم الدستورية.

ان أهمية إسباغ الحجية المطلقة على الأحكام الصادرة بعدم الدستورية تظهر من خلال دراسة النتائج العديدة المترتبة على حجية تلك الأحكام ، والتي تتمثل بما يأتي :

المطلب الأول : اعتبارّ الحكم بعدم الدستورية ملزماً لجميع سلطات الدولة ولكافة الأشخاص الطبيعية والاعتبارية.

ومعنى هذا المبدأ – الذي يمثل نتيجة منطقية لإسباغ الحجية المطلقة على الأحكام بعدم الدستورية ، ان هذه الأحكام يحتج بها في مواجهة الكافة ، أي لا تقتصر حجيتها على أطراف الدعوى أو من صدرت في مواجهتهم فقط، وإنما تتعداهم إلى غيرهم ، من كانوا أطرافاً في الدعوى ومن لم يكونوا ، بل وفي مواجهة جميع سلطات الدولة (26).

وهذا المبدأ يؤدي إلى تصفية النزاع حول دستورية النص التشـريعي مرة واحدة وبصفة نهائية مما لا يسمح لأي احـتمالات لاختلاف الاجتهاد في شأنه ، أو التناقض بين الآراء حوله. وبالتالي فلا يملك فرد ان يثير مستقبـلا نزاعاً أو شكاً حول نص قضي بعدم دستوريته . كما أن المحاكم على اختلاف انواعها ودُرجاتها ملتزمة بالامتناع عن تطبـيق النص الذي قـضي بـعدم دستوريته ، بمعنى أنه إذا ما دفع امام المحكمة بـعدم دسـتورية نص معين ، واتخذ الدفع مساره حتى قضي بعدم دستوريته ، فإن الحكم بـعدم دسـتورية النص ملزم للمحاكم كافة سواء تلك التي قد أبـدي الدفع امامها أمْ غيرها من المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها . بل لعله يصبح من واجب المشرع أن يعيد النظر في النص الذي قضي بعدم دستورية فيعدله أو يلغيه ، ليحقـق اتفاقه مع الدستور . كما ان من واجب السلطة التنفيذية أن تمتنع عن تطبـيق هذا النص على ما ينشأ مستقبـلا من حـالات فردية يمكن أن يحـكمها هذا النص(27).

وهذا المبدأ قررته المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر إذ نصت على ان " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقـراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سـلطات الدولة وللكافة .. " وهو ما أكدته المحـكمة الدستورية العليا فيما قضت به في العديد من أحكامها ، ومنها حكمها الصادر في ٨ أبـريل ١٩٩٥ والذي تقـول فيه أن : " **الخصومة الدسـتورية عينية بطبيعتها ، ذلك ان قوامها مقابلة النصوص التشـريعية القـانونية المدعى مخالفتها للدسـتور ، بالقـواعد التي فرضها على السـلطتين التشـريعية والتنفيذية لإلزامهما بالتقيد بها في ممارستهما لاختصاصاتهما الدستورية ، ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الخصومة الدسـتورية أو هي بالاحرى محلها ، وهي لا تبلغ غايتها الا بـإهدار تلك النصوص بقـدر تعارضها مع الدستور . وقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأنها يحـوز تلك الحـجية التي تطلق آثارها في مواجهة الدولة على امتداد تنظيماتها وتعدد مناحي نشـاطها ، وكذلك بالنسبـة إلى الأغيار جميعهم ، ومن ثم لا تنحصر آثار أحكامها فيمن يكون طرفاً في الخصومة الدستورية سواء بعدّه**

خصماً أصيلاً أو منضماً ، بل يكون سريانها على من عداهم التزاماً مترتباً في حقهم بحكم الدستور"(٢٨).

وتحقيقا لالزامية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، نص دستور ١٩٧١ المصري النافذ ، في المادة (١٧٨) منه على الكيفية التي يتم بها علم المؤسسات الحاكمة والافراد والمحاكم الاخرى بالحكم الصادر في الدعاوى الدستورية. فتطلب ضرورة نشر هذه الأحكام في الجريدة الرسمية(٢٩). كما نصت على هذا الحكم المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا (٣٠) . ولا شك أن نشر الحكم وأسبابه هو الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها افتراض علم الكافة بمضمون الحكم ، على نحو يكفل استقرار المعاملات والأحكام القضائية. (30)

وفي النظام الدستوري العراقي نستطيع القول ان جميع الدساتير التي اخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين قد أخذت بهذا المبدأ ونصت عليه صراحة في نصوصها . ففي القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ ذهبت المادة (٨٧) إلى عدّ قرارات المحكمة العليا ملزمة للكافة وغير قابلة للطعن فيها امام أي هيئة اخرى ويجب تطبيقها في جميع المحاكم ودوائر الدولة. كما نصت المادة (٨٧) من دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ المؤقت على أن " تشكل بقانون محكمة دستورية عليا .. ويكون قرارها ملزماً " ، وقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ نص في الفقرة د/من المادة ٤٤ على جعل قرارات المحكمة الاتحادية العليا ملزمة . كما نصت المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥على أن " قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة " ، وكان الاجدر بالمشرع الدستوري أن يجعلها ملزمة للسلطات العامة والكافة (أي الاغيار من الاشخاص الطبيعية والاعتبارية). وفي النظام الدستوري الأمريكي تعد الأحكام التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا نهائية ، وتقيد المحاكم الاخرى على مستوى الدولة والولايات (٣٢)، حيث تلتزم جميع المحاكم في النظام القضائي بعدم تطبيق القانون الذي قضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستوريته . كما ان التطبيق العملي لمبدأ الرقابة على دستورية القوانين من قبل المحكمة الاتحادية العليا أثبت أن الأحكام التي تصدرها تلك المحكمة

والمبادئ الدستورية التي تقـرها عن طريق تلك الأحـكام لا تلزم المحـاكم الاخرى فقـط ، بـل هي تلزم الرئيس ومسـؤولي الهيئة التنفيذية الاخرى ، والكونكرس ايضاً(٣٣).

المطلب الثاني : الحجية المطلقة للأحكام بعدم الدستورية تثبـت للمنطوق والأسباب المرتبطة به.

يمكن أن يثار التساؤل عما إذا كانت الحجية المطلقة تثبـت لمنطوق الحكم بعدم الدستورية، ام تمتد كذلك إلى أسبابه ؟ والقـاعدة المقـررة بـهذا الخصوص هي أن العبرة في الأحكام بمنطوقها ، ولا تعد الأسباب التي حمل عليها هذا المنطوق جزءاً منه إلا بقدر ارتباطها به ارتباطاً وثيقـاً لا تقـوم له قائمة بدونها ، بحـيث تكون معه وحـدة لا تتجزأ ، أو يتكون منها عناصره الأساسية(٣٤).

وهذا ما استقرت عليه آراء الفقه والقضاء . ويشترط لقيام هذه القاعدة أن يكون هناك ترابط بين المنطوق والأسباب والا يكون هناك تعارض ، فإذا وجد هذا التعارض فقد يفضي إلى بطلان الحكم ذاته (٣٥) . ويدلل الفقه على هذه القاعدة بما يأتي:-

١- ان حجية الحكم تكون لمنطوقه ، وهذا هو الأصل ، غير انها قـد تمتد إلى الأسباب ايضاً ، إذا ارتبط منطوق الحكم بها ارتباطاً وثيقـاً بحـيث تصبح هذه الأسباب مكملة ومفسرة للحكم(٣٦).

٢- لا يقتصر نطاق الحكم على ما ورد في المنطوق ، إذ يحدث كثيراً الا يتضمن منطوق الحكم. سوى جزء مما قرره القـاضي ويرد الجزء الآخر في الأسباب فيكون حينئذ جزءاً من قضاء الحكم(٣٧).

٣- ينتظم الحكم الدستوري – كغيره من الأحكام القضائية الاخرى – اياً كانت نوعية المحاكم التي أصدرتها ، قاعدة أصولية ، تقضي بـوجوب أن تكون الأحكام مسببة ، وعدم شمول الأحكام على مسبباتها يقـود إلى تقـرير بطلانها ، كما ينبغي ألا يشوب الأسباب غموض أو إبهام ، والا يقع في الحكم تناقض أو تضارب بين الأسباب وبعضها الآخر ، أو بين الأسباب والمنطوق،

أي يجب أن يتقيد منطوق الحكم بالاسباب الواردة فيه ، وهذا ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر (٣٨). إلا أن هذه المحكمة قد خرجت على هذا المنهج في حكم مهم ، إذ حدث تناقض بين منطوق هذا الحكم وأسبابه. فقد جاء في منطوق حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩ مايو ١٩٩٠ القضاء بعدم دستورية المادة الخامسة مكرر من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ بشان مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فيما تضمنه من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد ، ينتخب عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية . بينما تضمنت أسباب هذا الحكم خلافاً لهذا المنطوق أمرين متعارضين:

- أولهما : بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه .

وثانيهما : بقاء القوانين والقرارات والإجراءات التي اتخذها المجلس قبل صدور الحكم وقبل تاريخ نشره في الجريدة الرسمية صحيحة ونافذة(٣٩).

ولذلك يثار التساؤل عن الحل في هذه الحالة ، وهل تثبت الحجية لمنطوق الحكم ، ام تثبت لمنطوق الحكم وأسبابه معاً على الرغم من عدم تقيد منطوق الحكم بأسبابه ؟ انقسم الفقه الدستوري بخصوص هذه المسألة فيما يتعلق بالحكم الدستوري السابق إلى فريقين(٤٠):

ذهب الفريق الأول إلى إعمال أسباب الحكم – بما انتهت إليه – بالرغم من خروجها على المنطوق وعدم تقيد المنطوق بالأسباب ، أي أن هذا الفريق ينتهي إلى التقرير ببطلان تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه بناءً على عدم دستورية المادة التي تنظم انتخابات مجلس الشعب ، بل أن جانباً متشدداً من هذا الفريق يقرر ضرورة إلغاء القوانين والإجراءات التي اتخذها المجلس منذ انتخابه وحتى تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية وانعدام ما ترتب عليها من آثار ، على الرغم من أن الحكم انتهى في أسبابه إلى نتيجة عكسية ، أي مشروعية وصحة نفاذ القوانين والقرارات والإجراءات الصادرة عن المجلس خلال تلك المدة.

وعلى خلاف الفريق السابق ، ذهب فريق آخر إلى التقرير بأن أثر الحكم وحجيته يتحدد في منطوقه – عدم دستورية المادة الخامسة مكرر من القانون – (٤١). دون أن يمتد هذا الأثر إلى ما ورد في أسباب الحكم من بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه ، لأن حل مجلس الشعب لو حدث لا يكون إلا بقرار سياسي لا علاقة له بالمحكمة الدستورية العليا انما يملكه رئيس الجمهورية بعد استفتاء الشعب .

ونعتقد رجحان رأي الفريق الثاني الذي يذهب إلى انه في حالة التناقض بين أسباب الحكم ومنطوقه ، فإن حجية الحكم تثبت لمنطوقه دون أسبابه ، وعليه فإن حجية حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩ مايو ١٩٩٠ ، المشار إليه سابقاً ، تثبت لمنطوقه دون أسبابه وذلك للتعارض الموجود بين منطوق الحكم وأسبابه ، حيث نجد أن المحكمة قد نصت في منطوق حكمها على عدم دستورية المادة التي تم انتخاب أعضاء مجلس الشعب على أساسها حين اتضح لها تعارض هذه المادة مع أحكام الدستور ، بينما قضت المحكمة في أسباب حكمها بأمرين متناقضين أولهما تقرير بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه تأسيساً على ثبوت عدم دستورية النص الذي انتخب المجلس على أساسه ، في حين قضت المحكمة في الوقت نفسه في أسباب الحكم نفسها ببقاء القوانين والقرارات والإجراءات التي اتخذها المجلس قبل صدور الحكم وقبل تاريخ نشره في الجريدة الرسمية صحيحة ونافذة وهو ما يتناقض مع انتهاء المحكمة في أسباب الحكم إلى بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه ، فضلا عن أن منطوق الحكم قد جاء مقتصراً على التقرير بعدم دستورية نص قانون الانتخاب من دون اشتماله على بطلان تشكيل المجلس منذ انتخابه وهو ما ورد في أسباب الحكم مما يبرز عدم التناسق بين منطوق الحكم وأسبابه.

٤- إذا كان اشتراط التسبيب في الأحكام الدستورية يخضع للأصل العام الذي يسري على تسبيب الأحكام القضائية الأخرى ، الا انه يتميز بجواز أن يكون التسبيب عن طريق الإحالة إلى أحكام سبق صدورها عن نفس المحكمة في حالة تماثل موضوع الدعويين (٤٢)، ويكمن الهدف من وراء هذا الاستثناء هو التأكيد على الحجية المطلقة للأحكام الدستورية .وقد أخذت

المحكمة الدستورية العليا في مصر بأسلوب التسبيب عن طريق الإحالة وذلك تاكيداً منها للحجية المطلقة لأحكامها . ولهذا قررت في أحد أحكامها عدم قبول الدعوى المتعلقة بعدم دستورية المادة (٢٢٦) من القانون المدني بشأن الفوائد ، وأحالت فيه إلى أسباب حكمها الصادر بجلسة ١٩٨٥/٥/٤ والذي رفضت فيه الدعوى بعدم دستورية النص(٤٣). وايضاً حكمت بعدم قبول الدعوى بشأن دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بشأن تصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة ، وقد أحالت فيما يتعلق بالأسباب إلى حكمها الصادر في الدعويين رقم ١٣٩ لسنة ٤ قضائية ، ورقم ١٤٢ لسنة ٥ قضائية(٤٤).

٥- ويشترط لثبوت الحجية المطلقة للأسباب بالاضافة إلى منطوق الحكم الا تتجاوز المحكمة الدستورية في قضائها حدود النزاع المطروح عليها ، لأن ما يرد في أسباب الحكم زائداً عن حاجة الدعوى لا يحوز حجية الشيء المحكوم به ، فإذا عرضت المحكمة في بعض أسباب حكمها إلى مسألة خارجة عن حدود النزاع المطروح عليها ، أو لم يكن بها حاجة إليها للفصل في الدعوى ، ففي هذه الحالة لا تحوز الأسباب الزائدة الحجية . وبالتالي فإن ما يرد في أسباب الحكم بعدم الدستورية ، من تقريرات قانونية زائدة عن حاجة الدعوى ، لا يكون لها حجية مطلقة ، بل وليس لها حتى حجية نسبية في الدعوى الموضوعية التي أثيرت بشأنها الدعوى الدستورية(٤٥).

المطلب الثالث : عدم جواز العدول عن الحجية المطلقة للأحكام بعدم الدستورية إلا في حالات محددة .

ان مقتضى الحجية المطلقة التي يحوزها الحكم بعدم الدستورية الا تثار المسألة الدستورية التي تضمنها هذا الحكم من جديد امام المحكمة الدستورية ، ومع ذلك فقد اتجهت بعض المحاكم الدستورية في اوروبا(٤٦٥). إلى العدول عن مبادئها القانونية السابقة والتي اعتنقتها بمناسبة الفصل في موضوع الدعاوى الدستورية – سواء بعدم الدستورية أو برفض الدعوى – مما يعني نقض الحجية المطلقة لأحكامها ، وذلك في حالة واحدة وهي إذا تغيرت الظروف والأوضاع للمجتمع باعتناقه أفكارا جديدة وقيماً تؤدي إلى إمكانية تغيير الاتجاه في الحكم في المسألة الدستورية(٤٧).

الا ان هذ الاتجاه لم يحظ بالقبول لدى غالبية الفقه ، وهو يفرق في هذا الصدد بين فرضين :

الفرض الاول : هو أن تعدل المحكمة الدستورية عن قضائها بعدم دستورية قانون معين فتعامله على أنه دستوري بعد ان حكمت بعدم دستوريته. وهذا الفرض غير وارد في الدول التي تأخذ برقابة الإلغاء . ذلك أنه إذا كان هذا العدول عن الحجية يصادف محله في الولايات المتحدة الأمريكية حيث يؤخذ برقابة الامتناع ، فيبقى القانون الذي حكم بعدم دستوريته قائماً ، فإن هذا العدول لا يصادف محله في الدول التي تأخذ برقابة الإلغاء حيث يكون الجزاء المترتب على الحكم بعدم الدستورية هو إلغاء القانون المخالف للدستور ، فيصبح هذا القانون منعدم القيمة منذ صدوره او منذ صدور الحكم بعدم دستوريته . ومن ثم فليس هنالك من سبيل إلى إعادة العمل بأحكام ذلك القانون إلا عن طريق سن قانون جديد يحل محله من قبل السلطة التشريعية .

الفرض الثاني : هو أن تعدل المحكمة الدستورية عن حكمها بدستورية قانون معين فتقضي بعدم دستوريته ويمكن أن يحدث ذلك عند تغيير أعضاء المحكمة باعضاء جدد وما يترتب على ذلك من احتمال اختلاف آراء هؤلاء عن آراء القضاة السابقين حول دستورية قانون أو عدم دستوريته. أو أن الظروف قد تطورت وتغيرت على نحو يحمل المحكمة على العدول عن حجية أحكامها .وحقيقة الأمر أن مثل هذه المسألة يحكمها حينئذ مبدأ توازن الأضرار الناتجة من هذا العدول بالاضرار الناتجة عن استمرار تطبيق القانون ، ثم اختيار أخفهما ضرراً ، مع الوضع في الاعتبار إمكانية التخلص من ذلك بوسيلة أخرى أيسر وأهدأ من طريق العدول ، وذلك عن طريق سن تشريع جديد يعالج المشكلة القانونية(٤٨).

ونعتقد رجحان ما ذهب اليه غالبية الفقه من أن ثبات المحكمة على حكمها السابق بدستورية القانون أوفق من العدول عنه بحكم يقرر عدم دستوريته ، وينقض ما كان له من حجية تعد عنصراً مهماً من عناصر إستمرار القانون واستقراره وتستمد قيمتها من الحاجة النفسية إلى الاطمئنان على المستقبل . ذلك أنه مما لا ريب فيه أن ذلك العدول سوف يحدث صدمة

خطيرة تنذر بتهديد الإستقرار في المعاملات وتجعل ذوي الشان في حيرة من حقيقة مراكزهم القانونية وتسقط هيبة المحكمة وإحترامها عند الجمهور ، عندما يعلم أن شيئاً مما قالته بالأمس لا يلزمها اليوم . وفضلاً عن ذلك كله فإن العدول عن الحكم السابق بدستورية القانون ، على الرغم من خطورة نتائجه – ليس هو الوسيلة الوحيدة لمعالجة هذه المسألة – ، إذ أن هنالك وسيلة اخرى متوفرة وميسرة ، ولا يترتب عليها ما يترتب على العدول من نتائج خطيرة ، الا وهي قيام السلطة التشريعية بسن تشريع جديد يعالج المشكلة القانونية على نحو سليم(٤٩).

ولمعرفة موقف القضاء الدستوري المقارن من مسألة العدول عن حجية الأحكام بعدم الدستورية، سنفصل ذلك على النحو الآتي :

<u>أولاً : المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية ومدى جواز العدول عن حجية أحكامها .</u>

ان المحكمة الاتحادية العليا تعمل في ظل مبدأ حجية السوابق القضائية Principle of stare Decisis ومؤداه أنه عند عرض النزاع على القضاء تبحث المحكمة في الأحكام السابقة لترى إن كانت المشكلة نفسها قد عرضت عليها من قبل ، وحينئذ تتبع المبدأ نفسه وتؤكد نفس القاعدة التي قررها الحكم القديم ، وكلما تتابعت أحكام القضاء في الاتجاه نفسه كلما اكتسب المبدأ المقرر فيها حجية وقيمة بالغتين فيما يعرض على المحاكم في شأنه . ويبرر الفقه والقضاء الانكلوسكسوني هذه القاعدة بانها وحدها الكفيلة بثبات القواعد القانونية واستقرار المعاملات في ظلها(٥٠).

وعلى الرغم من أهمية هذا المبدأ إلا أن المحكمة الاتحادية العليا لم تلتزم به على اطلاقه في المجال الدستوري بصفة خاصة ، وانها عبرت – في وقت مبكر للغاية – عن القيمة النسبية لهذا المبدأ، وذلك عام ١٨٤٩ في القضية المعروفة باسم The Passenger Cases مقررة ان " **القاعدة التي تجري عليها هذه المحكمة هي ان آراءها في تفسير الدستور تظل دائما مفتوحة للبحث ، لإعادة النظر فيها إذا تبين أنها أقيمت على أساس خاطئ ، وحجية هذه الآراء يجب الا تعتمد إلا على قوة ما تستند اليه من منطق وتدليل**"(٥١).

كما عاد القاضي الشهير Brandies فشرح موقف المحكمة الاتحادية العليا من مبدأ حجية السوابق القضائية حين يتصل الأمر بتفسير الدستور ، وذلك في رأي مخالف له Dissenting Opinion عام ١٩٣٢ في قضية Burnet v. Coronado Oil and Gas company ذهب فيه إلى أنه " حين يتصل الأمر بتفسير الدستور الاتحادي ، ويتعذر تصحيح الاخطاء القضائية بإصدار تشريعات جديدة ، فقد جرت هذه المحكمة على تصحيح أخطائها بنفسها عن طريق نقض أحكامها السابقة ، نازلة بذلك عند حكم التجربة وما يتضح أنه الأصح والأسلم من المبادئ القانونية"(٥٢).

وأعقب Brandies هذا التدليل قائمة طويلة بعدد من الأحكام التي نقضت فيها المحكمة قضاءها السابق مؤثرة تصحيح خطئها على الاستمرار فيه بدعوى المحافظة على استقرار الأوضاع القانونية .

وعادت المحكمة عام ١٩٤٤ فأكدت القاعدة نفسها بمزيد من الوضوح في قضية Smith v. Allwright وفي هذا الحكم نقضت المحكمة قضاءها السابق في قضية Grorey v. Townsend ومع كثرة المناسبات التي عدلت فيها المحكمة العليا عن أحكامها السابقة(٥٣)، فإن المدة بين عامي ١٩٣٧ و ١٩٤٦ – وهي المدة التي أعقبت أزمة المحكمة مع الرئيس روزفلت – قد شهدت أكبر وأسرع تحول في اتجاهات المحكمة ، وسجل عليها الشراح في تلك المدة عدولها عن أكثر من ثلاثين سابقة يرجع بعضها إلى أكثر من مائة عام ولم تمض على بعضها الاخر غير أشهر معدودة .

وقد اختلفت آراء الشراح الأمريكيين(٥٤) في تقدير هذه الظاهرة.

١- رأى بعضهم في عدول المحكمة الصريح عن بعض السوابق أمراً يبعث على الثقة بها ويكشف عن مدى حرصها على تصحيح أخطائها بنفسها مؤثرة التعرض للصدمة الناتجة عن هذا العدول ، من الالتجاء إلى تصويرات وتفريعات مصطنعة لتبرير الخروج على السوابق القديمة التي تكتشف فسادها.

٢- ورأى فريق آخر في هذه الظاهرة امراً شديد الخطورة ، يهدد الاستقرار في المعاملات ويجعل ذوي الشأن في حيرة من حقيقة مراكزهم القانونية ، فلا يكاد أحد منهم يتنبأ بموقف المحكمة منه حتى في ضوء أحدث

السوابق القضائية وأكثرها انطباقاً على مركزه القانوني. ويعلق الدكتور أحمد كمال ابو المجد على هذه المشكلة قائلا: " **على أن التعميم في هذه المشكلة لابد أن يؤدي إلى الخطأ ، إذ يجب في تقديرنا قبل الحكم على مسلك المحكمة في ذلك أن تبحث الأسباب الحقيقية للعدول عن السوابق القديمة في كل حالة على حدة ، وأن نوزن الاضرار الناتجة من هذا العدول بالاضرار الناتجة عن استمرار المحكمة في تطبيقها لسابقة فاسدة . ومن ناحية أخرى فلا يجوز أن يتوهم أن المحكمة – حتى في المراحل التي بلغ فيها عدولها عن السوابق درجته القصوى – قد أسقطت من حسابها ما تقوم عليه قاعدة إلزام السوابق من إعتبارات عملية جديرة بالاعتبار أو أنها قد عدلت عن هذا المبدأ كلية في قضائها . فهذا فرانكفورتر يقرر عام ١٩٤٠ في قضية Helvering v. Hallock (55) " إن المحكمة ترى في حجية السوابق القضائية قاعدة مهمة من قواعد السياسة الاجتماعية ، إذ لا شك أن هذه الحجية عنصر مهم من عناصر إستمرار القانون واستقراره وهي تستمد قيمتها من الحاجة النفسية إلى الاطمئنان على المستقبل استناداً إلى تكهنات أو تقديرات معقولة ....وكل ما هنالك ان السرعة النسبية الكبيرة التي تتم بها التطورات الاجتماعية والاقتصادية في الولايات المتحدة – وضرورة تطور القانون ونموه لمواءمة هذه التغييرات المتجددة ، كل ذلك كان لابد أن يحمل المحكمة على إعادة النظر في موقفها من حين لاخر"(٥٦).**

ثانياً : المحكمة الدستورية العليا في مصر ومدى جواز العدول عن حجية أحكامها .

يكاد يجمع الفقه المصري على انه إذا كان مقتضى الحجية المطلقة التي يحوزها الحكم سواء أكان بعدم الدستورية ام برفض الدعوى ، الا تثار المسألة الدستورية التي تضمنها هذا الحكم من جديد امام المحكمة الدستورية العليا ، فان ثمة حالة وحيدة يمكن ان تتم فيها إعادة عرض هذه المسألة على المحكمة التي تتولى عندئذ الفصل فيها من دون أن يكون في ذلك خروج على الحجية المطلقة للحكم الذي سبق صدوره في شأنها ، وتتحقق هذه الحالة عندما يصدر دستور جديد ، أو يعدل الدستور القائم ، ويصبح النص التشريعي الذي

سبق للمحكمة أن قررت دستوريته مخالفاً للدستور الجديد ، أو التعديلات المستحدثة . فالأصل العام أن المرجع في دستورية تشريع معين يكون إلى أحكام الدستور الذي صدر هذا التشريع في ظلها وذلك طوال مدة سريانها ، فإذا أستبدلت بها أحكام دستورية جديدة ، فان الأحكام الدستورية المستحدثة تكون هي المرجع في دستورية هذا التشريع ، وهذا هو ما يقتضيه علو أحكام الدستور القائم على ما عداها . وفيما عدا الحالة السابقة فان النزاع الدستوري الذي سبق القضاء بعدم دستوريته ، أو برفض الدعوى الدستورية بشأنه لا يجوز أن يتجدد أمام المحكمة الدستورية العليا مرة اخرى ، لأن الحكم الذي صدر بشأنه له حجية مطلقة ، تحسم الخصومة بشأن دستورية النصوص المطعون عليها حسماً مانعاً من نظر أي طعن يثور من جديد بشأنها(٥٧).

وعلى الرغم من هذا الاجماع الفقهي حول عدم جواز عدول المحكمة الدستورية العليا عن حجية أحكامها، عدا الحالة الوحيدة التي ذكرت آنفاً ، إلا أن هناك رأي للدكتور أحمد كمال ابو المجد يذهب فيه إلى ان الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية تتبدل وتتطور ، وقد يكون ما قضت به المحكمة الدستورية العليا بالأمس لا يتناسب مع ظروف اليوم ، مما يصح معه القول بامكانية عدول المحكمة عن بعض أحكامها القديمة التي أصبحت لا تواكب تطورات المجتمع ، ومما يشجع على المضي في هذا الرأي أمران : أولهما : أن مصر ليست من الدول التي يقرر نظامها القانوني مبدأ حجية السوابق القضائية المقرر والمعروف في النظام القانوني الانكلوسكسوني . ومن ثم فليس هنالك ما يحول دون مراجعة بعض المبادئ التي قررتها الأحكام السابقة للمحكمة والتي تظهر الحاجة واضحة إلى مراجعتها في ظل ما طرأ بعد صدورها من تطورات سياسية ، واجتماعية، واقتصادية تستوجب تلك المراجعة .

وثانيهما : أن للمسالة خصوصية متميزة حين تتصل بالقضاء الدستوري ، وحين تتصل – بصفة خاصة – بالمبادئ التي قررتها الأحكام السابقة حماية للحريات وإعمالا للحقوق، والضمانات التي قررتها نصوص الدستور . اذ يتجنب كثيرون تشجيع المحكمة على العدول عن أحكامها القديمة ، اعتقاداً بأن الراجح ، أن يكون ذلك العدول تراجعاً عن بعض المبادئ التي

قررتها الأحكام القديمة ، وانتقاصاً من الحقوق والحريات التي استقرت الأحكام على امتناع المساس بها . وحقيقة الأمر أن قضية " التراجع " الذي يخشى منه بعضهم ، تظل امراً متعلقاً بالسياسة القضائية للمحكمة ، مرجعه في النهاية إلى تصورها لعلاقاتها بسائر السلطات ، ووعيها بأهمية الدور الكبير الذي تؤديه في تثبيت دعائم الشرعية الدستورية . ويظل الامر في النهاية مرتبطاً بسياسة المحكمة ومدى قدرتها على التوفيق بين اعتبارات الاستقرار والاستمرار ، واعتبارات الرجوع إلى الحق حين يتكشف وجه الخطأ أو يتبين مقدار الضرر الذي سببه حكم قديم لها(٥٨).

ويدل استقراء أحكام المحكمة الدستورية العليا على أن المحكمة وإن لم تعرض على نحو مباشر لمناقشة حق المحكمة في العدول عن بعض أحكامها القديمة ، إلا ان هناك احكاما غير قليلة عدلت فيها المحكمة فعلا عن مبادئ قررتها في أحكام سابقة من دون أن تصرح عن هذا العدول ، ومن ذلك على سبيل المثال أن المحكمة الدستورية قد رفضت بحكم شهير لها صادر في القضية رقم (٢٠) للسنة الاولى القضائية " دستورية " (٥٩) . الطعن بعدم دستورية ما تقرره المادة ٢٢٦ من القانون المدني من فوائد يدفعها المدين بمبلغ من النقود معلوم المقدار نظير تأخره عن السداد . وهي فوائد مقدارها (٤%) في المسائل المدنية و (٥%) في المسائل التجارية ، وكان من أسباب هذا الطعن مخالفة هذا الحكم لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها التي أصبحت منذ عام ١٩٨٠ المصدر الرئيسي للتشريع بمقتضى التعديل الذي تقرر في تلك السنة للمادة الثانية من الدستور . وأستندت المحكمة في رفض هذا الطعن إلى أن المادة (٢٢٦) المطعون بعدم دستوريتها قد صدرت عام (١٩٤٨) ، أي قبل نفاذ المادة الثانية من الدستور ، حتى قبل تعديل نصها الأصلي الذي تضمنه دستور عام ١٩٧١ ، وأن القيد الذي فرضه المشرع الدستوري على المشرع العادي بمقتضى المادة الثانية من الدستور لا ينصرف إلا إلى التشريعات التي تصدر بعد نفاذ المادة الثانية من الدستور . وهذا الذي انتهت اليه المحكمة مخالف تماماً لما سبق للمحكمة الدستورية العليا أن قررته في عدة أحكام لها قضت فيها بعدم دستورية عدد من النصوص التشريعية الصادرة قبل تاريخ العمل بدستور ١٩٧١ لمخالفتها

لنص المادة (٣٤) من الدستور . ومعنى هذا كله أن الباب كان ولا يزال مفتوحاً امام المحكمة الدستورية العليا لمراجعة بعض ما قررته من قبل في أحكامها القديمة(٦٠).

ونعتقد انه على الرغم من رجاحة التبريرات التي ساقها الرأي السابق الا انه لا يمكن الاخذ به وذلك:

١- لكونه يخالف أحكام الحجية المطلقة التي تتمتع بها الأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، أو برفض الطعن والتي استقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا على اعتبارها من النظام العام، كما انه يخالف نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا والتي نصت على ان احكام هذه المحكمة ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة ، لذا فان حجيتها مطلقة وعامة ، ولا يمكن العدول عنها.

٢- كما ان عدول المحكمة الدستورية العليا عن أحكامها السابقة يمس استقرار المعاملات والمراكز القانونية . إذ كيف يمكن ان يرتب الافراد حقوقهم على أساس دستورية نص ثم تنهار هذه الاوضاع بصدور حكم بعدم دستورية ذلك النص.

٣- اما عن مسلك المحكمة الدستورية العليا الذي عدلت فيه عن بعض أحكامها ، فهو استثناء على القاعدة ، وهو في حقيقته لا يمثل عدولا عن حجية أحكامها بقدر ما يعد نوعاً من الملاءمة ، هدفت المحكمة من خلاله إلى منع انهيار الأنظمة المختلفة في المجتمع .

ثالثاً : المحكمة العليا في العراق – وفقاً للقانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ – ومدى جواز العدول عن حجية أحكامها .

ان موضوع مدى جواز عدول المحكمة عن حجية أحكامها بعدم الدستورية لم يثار في العراق او يتطرق إليه الا بالنسبة للمحكمة العليا التي أنشئت في ظل القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥(٦١). فهذه المحكمة هي التي شهدت تطبيقاً لمهامها الموكولة إليها بموجب الدستور وان كانت هذه التطبيقات نادرة ، إلا أنها أثارت نقاشا فقهياً – في وقتها – يدور حول التساؤل عما إذا كانت المحكمة العليا تعد ملزمة بقراراتها السابقة ، وعما إذا كان في

الإمكان أن يعرض عليها البت في موضوع سبـق أن فصلت فيه في قـضية مشابهة ؟ولقد انقسم الفقه في العراق – في حينه – بـصدد إجابـته على هذا التساؤل إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : ذهب إلى انه لا يجوز للمحـكمة العليا في العراق أن تعيد النظر في موضوع سبق ان فصلت فيه ، ويجب عليها التقـيد بسوابقـها وذلك مراعاة لأحكام القانون الأساسي والتي جعلت أحكامها قطعية ولا يمكن أن يطعن فيها بأية طريقـة من طرق الطعن العادية لان المعارضة فيها غير متصورة ، وليس هناك هيئة اعلى تستأنف امامها قـرارتها ، اما طلب اعادة النظر في الحكم فلا يفترض بل يجب ان ينص عليه صراحـة ، وليسـت في النصوص اشارة اليه، فلا مناص من القول انه غير جائز . وكذلك لا يصح أن يطلب من المحكمة العليا بحث دستورية نص سبـق وان عرض عليها ، لان هذا طلب إعادة نظر وهو لا يجوز ، فضلا عن ان أحـكامها ملزمة لجميع المحاكم ودوائر الحكومة ، وهي (أي المحكمة العليا) من بـين هذه المحـاكم فيجب ان تلتزم بما سبق وان فصلت فيه(٦٢).

الاتجاه الثاني : فانه يرى ان هناك شيئا من الالتباس بين " طلب إعادة النظر " وبين " الالتزام بالسوابـق " وهو يتفق مع الاتجاه الاول في ان قـرار المحكمة العليا في القضية المعينة بـالذات نهائية ولا يجوز طلب إعادة النظر فيها، وان طلب إعادة النظر في الحـكم لا يفترض بـل يجب ان ينص عليه صراحة، ولكن هذا الاتجاه يرى أن المحـكمة العليا تسـتطيع أن تحـيد عن قراراتها السابقة في قضايا اخرى مماثلة أو بعبارة اخرى تسـتطيع ان تغير المبدأ الذي قررته في قضية سابقة عند البـت في قـضية اخرى لاحقـة إذا ظهرت لها أسباب جديدة تدعو لذلك مهما كانت ، فالمحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية لم تعد نفسها قط ملزمة بالتقيد بقراراتها السابقة ، وقد حدث فعلا ان قررت عكس ما قررته سابقـاً تماماً ، ومع وجود مخالفين لتلك القرارات من بين اعضائها فان أي واحد منهم لم يقل ان الموضوع غير قابـل للمراجعة ، ولذلك يرى اصحـاب هذا الاتجاه ان المحـكمة العليا غير

ملزمة بالتقيد بقراراتها السابقة وانه من الممكن ان يعرض عليها الموضوع نفسه في قضايا متعاقبة فتبت فيه باشكال مختلفة وبحسب ما يتراءى لها آنذاك(٦٣).

ونعتقد ان أحكام المحكمة في القضية المعينة بالذات نهائية ولا يجوز الطعن فيها ، او طلب اعادة النظر فيها ، إذ ان إعادة النظر في الحكم لا يفترض ، بل لابد من النص عليه صراحة .كما ان أحكام المحكمة العليا التي تتعلق بدستورية قانون ما ، تكون باتة وملزمة لها ولغيرها من السلطات والمحاكم في الدولة (م ٨٧)، فإذا صدر حكم باعتبار قانون ما مخالفاً لأحكام القانون الأساسي ، فان هذا القانون يكون ملغياً من تاريخ صدور حكم المحكمة (م ١/٨٦)، وبذلك لا يمكن الاستدلال بمضمون التجربة الأمريكية ، إذ أن الرقابة التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية هي رقابة امتناع ، وليس رقابة إلغاء كما هو الحال بالنسبة للمحكمة العليا في العراق . ومن ثم فان هذا العدول عن حجية الأحكام بعدم الدستورية لا يمكن اقراره بالنسبة لأحكام المحكمة العليا في العراق لاسيما وان نص (م ١/٨٦) تقضي بإلغاء القانون أو الجزء المخالف منه لأحكام القانون الأساسي اعتبارا من تاريخ صدور حكم المحكمة ، وبالتالي فلا يوجد ثمة قانون حتى يمكن ان تنظر فيه المحكمة العليا من جديد.

هوامش الفصل الثاني

١- انظر د. فتحي والي ، قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ١٦٠ وما بعدها، د. عبدالله ناصف ، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٢٠

والهدف من تقرير الحجية هو منع تضارب الأحكام والعمل على استقرار الحقوق لاصحابها بناء على ما فرضه القانون من حجية في حكم القضاء عندما يقول كلمته ممثلا للعدالة ، وفي الحجية ايضا ضمان انتفاء المنازعات ومنع الخصومات وجميعها أغراض يهدف المشرع إلى تثبيتها في الحياة الاجتماعية وانها تتصل اتصالا وثيقاً بالنظام العام فتستمد منه قوتها في الالزام بحكم قوة القانون الذي اصبحت جزءاً منه.

انظر القاضي مهدي صالح محمد أمين ، الاثبات بالقرائن امام القضاء ، مجلة القضاء ، العدد الثالث ، السنة الثانية والاربعون، ١٩٨٧ ،ص١٢٦.

٢- انظر د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مرجع سابق ، ص ص ١٩١ – ١٩٢ ،د. صبري محمد السنوسي محمد، آثار الحكم بعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص ص ٧ – ٨

٣- انظر د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية ، مرجع سابق ، ص ص ٤٥٥ – ٤٥٦ ، و د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص ص ١٤٣ - ١٥٣.

٤- حكم المحكمة العليا بولاية فرجينيا الغربية في قضية Shephard v. wheeling, 30 W.V.A. 479

نقلا عن د. أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري ، مرجع سابق ، ص ٢٢١ ، و د. شعبان أحمد رمضان ، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق ، ص ٥٧٥

٥- حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية United States v. Butler, 297 U.S. 1 (1936)

نقلا عن د. أحمد كمال أبو المجد ، التاريخ الدستوري للولايات المتحدة الامريكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد ٢ ، السنة ٣١ ، ١٩٦١ ، ص ١٧ ، و د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٢٦٥

6– Prelot (M.) , Institutions Politiques et Droit Constitutionnel , Op. cit ., P. 208; Laferriere (M.), Course de Droit Constitutionnel, Op. cit , P. 258; Burdeau (G.), Trait de science Politique, Op. cit, PP. 468 et. suiv.

وانظر د. عبد العزيز محمد سالمان ، نظم الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ٨٧ ، و د. علي السيد الباز ، الرقابة على دستورية القوانين في مصر ، مرجع سابق ، ص ص ١٧٠ – ١٧١ ، و د. أحمد جاد منصور ، الحماية القضائية لحقوق الانسان – حرية التنقل والإقامة في القضاء الإداري المصري وفقا لأحدث أحكام محكمة القضاء الاداري والمحكمة الادارية العليا والمحكمة الدستورية العليا حتى عام ١٩٩٧ –، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس– ، ١٩٩٧ ، ص ٣١٢

٧– انظر د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص ١٤٦ ، و د. صبري محمد السنوسي محمد ، اثار الحكم بعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص ١٥

٨– انظر د. سليمان الطماوي ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٣٨٦ ، و د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص ص ١٤٦ – ١٤٧ ، وانظر:

Ogg (F.) and Ray (O.) , Introduction to American Government , Op. cit., P. 28

ويقول د. يحيى الجمل بهذا الصدد " من الناحية العملية فإن التزام سائر

المحاكم بما قضت به المحكمة العليا من امتناع تطبيق نص قانوني معين يؤدي في النهاية إلى الحكم بالموت الفعلي على هذا النص القانوني "د. يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، مرجع سابق، ص ٦٦

9–Prelot (M.), Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, Op. Cit., P. 211

١٠- حكم المحكمة العليا في قضية

Norton v. Shelby country, 118. U.S. 425 (1886)

نقلا عن د. أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية و الاقليم المصري ، مرجع سابق ، ص ٢٢٣

١١- انظر د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص ص ٥٧٧-٥٧٨

١٢- ينظر د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مرجع سابق ، ص ص ٩٧ – ٩٨.

13– William A. Colstad ; The Presidents and Judicial Review, University of Texas, 1964, P. 5

١٤- انظر د. محمد عبد الواحد الجميلي ، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٥ ، و د. عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق، ص٢٧٧.

١٥- انظر د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص ١٨٧ ، و د. عبد الحميد حسن محمد ، حماية الحقوق والحريات في احكام المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص ٤١١

١٦- انظر د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف ، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ، ٢٠٠١ ، ص ٣٤٦ ، و د. محمد جمال عثمان جبريل ، أثر الاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص ١٣

١٧- القضية رقم ٤٩ لسنة ٣ قضائية "دستورية" جلسة ٥ نوفمبر ١٩٨٣ ، مجموعة أحكام م . د. ع ، الجزء الثاني، ص ١٧٢، وفي نفس المعنى راجع : القضية رقم ٤٨ لسنة ٣ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٢ يونيو ، ١٩٨٣، المجموعة ، الجزء الثاني ، ص ١٤٨ ، القضية رقم ٦٥ لسنة ٥ قضائية "دستورية" ، جلسة ١ ديسمبر ١٩٨٤، المجموعة ، الجزء الثالث ، ص ٩٦ ، القضية رقم ١١٦ لسنة ٤ قضائية "دستورية" ، جلسة ١ فبراير ١٩٨٦، المجموعة ، الجزء الثالث ، ص ٣١٠ ، القضية رقم ٩ لسنة ٨ قضائية "دستورية" ، جلسة ٦ يونيو ١٩٨٧ ، المجموعة ، الجزء الرابع ، ص ٥٦ ، القضية رقم ٨ لسنة ٧ قضائية " دستورية " ، جلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩ ، المجموعة ، الجزء الرابع ، ص ١٨٣ ، القضية رقم ١٠ لسنة ٨ قضائية "دستورية" ، جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩١، المجموعة ، الجزء الخامس – المجلد الاول – ، ص ١٤ ، القضية رقم ٢٦ لسنة ٤ قضائية "دستورية" ، جلسة ٧ مارس ١٩٩٢ ، المجموعة ، الجزء الخامس – المجلد الاول – ، ص ١٨٥ ، القضية رقم ٢٠ لسنة ٨ قضائية "دستورية" ، جلسة ٨ يناير ١٩٩٤ ، المجموعة، الجزء السادس ، ص ١٣٣

هذا وقد تابعت المحكمة الدستورية العليا على تأكيد تمتع الأحكام الصادرة منها بالحجية المطلقة ، ولعل من أحدث أحكامها في هذا الخصوص القضية رقم ٧١ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" ، جلسة ٢٠٠٣/١٢/١٤، والقضية رقم ٢٠٢ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية" ، جلسة ٢٠٠٣/١٢/١٤ – منشور في الجريدة الرسمية – العدد ٥٢ مكرر – بتاريخ ٣١ ديسمبر ٢٠٠٣ – السنة السادسة والاربعون ، والقضية رقم ٥٩ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية" ، جلسة ٢٠٠٤/٢/٨ – منشور في الجريدة الرسمية – العدد ١٠ تابع أ – الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٤ . الأحكام الحديثة الثلاثة الاخيرة نقلاً عن د. محمود أحمد زكي ، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية – في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا حتى أبريل ٢٠٠٤ – ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥ ، ص ٤٧٨ هامش (١)

١٨- ذهب البعض من الفقه إلى وجوب أن تقتصر الحجية المطلقة على

الحكم الصادر بعدم الدستورية ، اما الحكم الصادر برفض الدعوى موضوعيا فهو حكم ذو حجية نسبية فقط ، ومقتضى ذلك أنه لا يجوز لنفس القاضي الذي قرر إحالة مسألة الدستورية التي قضي بعدم قبولها أن يعيد الإحالة مرة أخرى بالنسبة للقانون نفسه أو اللائحة ، إلا أن هذا لا يمنع غيره من القضاة من إعادة طرح الموضوع مرة أخرى على المحكمة الدستورية العليا بمناسبة منازعات مطروحة عليهم ، كما أنه من حق الخصوم أن يثيروا المسألة الدستورية نفس التي تقرر رفضها في نزاع اخر غير الذي صدرت بصدده الإحالة للمحكمة الدستورية العليا .

ولمزيد من التفصيل حول الاراء و الحجج التي ساقها هذا الفريق من الفقه والحجج والاراء التي ساقها الفريق الثاني في الرد على الفريق الاول راجع : د. يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، مرجع سابق ، ص ص ٢٢٢-٢٢٦ ، و د. جورجي شفيق ساري ، أصول وأحكام القانون الدستوري ، ط ٤ ، درا النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ – ٢٠٠٣ ، ص ص ٥٣١ – ٥٣٣ ، و د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية ، مرجع سابق، ص ص ٤٦٤-٤٦٥

ولقد أيدت المحكمة العليا – قبل الغائها في عام ١٩٧٩ – الاتجاه السابق حيث قررت في حكمها الصادر في ١١ ديسمبر ١٩٧٦ أن " الامر يختلف بالنسبة لحجية الحكم الذي يصدر من المحكمة العليا برفض الطعن بعدم دستورية نص تشريعي ، فهذا الحكم لا يمس التشريع الذي طعن بعدم دستوريته ، فيظل هذا التشريع قائما بعد صدور الحكم و لا يحوز الحكم المذكور سوى حجية نسبية ما بين أطراف الدعوى ، ولذلك يجوز أن يرد الطعن بعدم الدستورية على هذا التشريع القائم مرة اخرى" . ولقد انتهت المحكمة العليا في هذا الحكم إلى أن قضاء هذه المحكمة برفض الطعن بعدم دستورية القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ وعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ ، ليس له حجية على الكافة ولا يحول دون الفصل في الدعوى القائمة المرفوعة من مدعين لم يكن ايهما طرفا في الدعوى التي قضي فيها

برفض الطعن بعدم دستورية التشريعين آنفي الذكر . القضية رقم ٨ لسنة ٣ قضائية " دستورية " ، جلسة ١١ ديسمبر ١٩٧٦ ، والحكم لم ينشر في مجموعات أحكام المحكمة العليا، سواء في ذلك المجموعة الاولى أو الثانية، ولكن تم نشره في الجريدة الرسمية في٢٧ يناير سنة ١٩٧٧، العدد الرابع

هذا الحكم مشار اليه في مؤلف د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، قضاء الدستورية في مصر ، مرجع سابق، ص ٦٠٧ ، ومؤلف د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص ١٩٠ ، المؤلف نفسه ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مرجع سابق، ص ٦٠٧.

١٩- انظر د. يسري محمد العصار ، التصدي في القضاء الدستوري ، مرجع سابق ، ص ص ٤٦-٤٧ ، ومن أحكام المحكمة الدستورية العليا بهذا الصدد : حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية " ، جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام م . د. ع ، الجزء السابع ، ص ٤٥ وما بعدها ، وحكمها في القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية "دستورية " ، جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ ، مجموعة أحكام م. د. ع ، الجزء الخامس – المجلد الثاني – ، ص ٥٠ وما بعدها.

٢٠- راجع في ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٨ لسنة ١١ قضائية "دستورية " ، جلسة ٣ يوليو ١٩٩٠ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الرابع ، ص ٢٩٧ وما بعدها ، وحكمها الصادر في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية " ، جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ ، مجموعة أحكام م.د. ع ، الجزء الرابع ، ص ٢٥٦ وما بعدها ، وحكمها الصادر في القضية رقم ٦٨ لسنة ٣ قضائية "دستورية " ، جلسة ٤ مارس ١٩٨٩ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الرابع ، ص ١٤٨ وما بعدها.

٢١- انظر د. محمد زهير جيرانه ، مذكرات في القانون الدستوري ، مطبعة العهد ، بغداد ، ١٩٣٦ ، ص ١٠٨

٢٢- أصبحت المادة (١/٨٦) بعد تعديلها بموجب قانون التعديل الثاني رقم

٦٩ لسنة ١٩٤٣ ، تنص على أن "كل قرار يصدر من المحكمة العليا ينص على مخالفة احد القوانين او بعض أحكامه لأحكام هذا القانون يجب أن يصدر باكثرية ثلثي اراء المحكمة . وإذا صدر قرار من هذا القبيل يكون ذلك القانون او القسم المخالف منه ملغى من تاريخ صدور قرار المحكمة على ان تقوم الحكومة بتشريع يكفل إزالة الأضرار المتولدة من تطبيق الأحكام الملغاة". ومن الجدير بالذكر ان حجية الأحكام الصادرة من المحكمة العليا فيما يتعلق بدستورية القوانين او عدم دستوريتها، لم تتأثر بتعديل هذه المادة ، إذ بقيت هذه الأحكام ذو حجية مطلقة ملزمة للكافة ولجميع المحاكم ودوائر الدولة.

٢٣- انظر د.اسماعيل مرزة ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، ج١ ، ط١ ، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد ، ١٩٦٠ ، ص ٢٢٨

٢٤- القانون الأساسي مع تعديلاته ، مرجع سابق ، ص ص ١٠٦-١٠٧

٢٥- الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق ، العدد ٣٩٩٧، السنة السادسة والاربعون ، بغداد ، ٢ آيار ٢٠٠٥ ، ص ٤ وما بعدها

٢٦- انظر د.جورجي شفيق ساري ، أصول وأحكام القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص ص ٥٣١ - ٥٣٢

٢٧- انظر د. محمد عبد الواحد الجميلي ، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص٣١ ، و د. طعيمة الجرف ، القضاء الدستوري ، مرجع سابق ، ص ٢٨٧ ، و د. أحمد عبد الوهاب السيد، الحماية الدستورية لحق الانسان في قضاء طبيعي ، مرجع سابق، ص٢٤٩

٢٨- القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية " ، جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء السادس ، ص ٦٠٩ وما بعدها.

٢٩- تنص المادة ١٧٨ من الدستور على ان "تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية".

٣٠ - تنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا على ان

وتنشر الأحكام والقرارات المشار اليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الاكثر من تاريخ صدورها".

٣١- انظر د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص ١٩٥

٣2- اذ انها المخولة بتفسير الدستور والقوانين الاتحادية ، وبذلك تتوحد جهة التفسير ولا تتعدد . انظر روبرت بوي وكارل فريدريك ، دراسات في الدولة الاتحادية ، ترجمة وليد الخالدي وبرهان رجائي، ج٣ ، الدار الشرقية للطباعة والتوزيع والنشر ، بيروت ، ١٩٦٦ ، ص ٢٠١

٣3- جيروم أ. بـارون و س . توماس دينيس ، الوجيز في القانون الدستوري – المبادئ الأساسية في الدستور الأمريكي – ، ترجمة محمد مصطفى غنيم ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة ، ١٩٩٨، ص ٥٢

٣٤- وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر " إذ قضى الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٩٩١ بتعديل المادة الاولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بتعديل بعض أحكام قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، فإن حجية هذا الحكم تمتد إلى الأسباب التي ارتبط بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة ". راجع القضية رقم (١) لسنة ١٦ قضائية " دستورية " ، جلسة ١٥ أبريل ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء السادس ، ص ٧٦٣ وما بعدها

٣٥ - انظر د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مرجع سابق ، ص ١٩٨

٣٦- انظر د. صبري محمد السنوسي محمد ، آثار الحكم بعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص ٦٨

٣٧- انظر د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص ٤٢٤

٣٨- راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٤ مايو ١٩٨٥ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الثالث ص ٢٠٩.

٣٩- راجع القضية رقم (٣٧) لسنة ٩ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الرابع ، ص ٢٥٦ وما بعدها.

٤٠- انظر في عرض آراء هذين الفريقين د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر ، مرجع سابق، ص ص ٣٦٤ -٣٦٥

٤١- منطوق الحكم – وفقاً لما قالته المحكمة الدستورية العليا – يتمثل بعدم دستورية المادة الخامسة مكرر من القانون المشار إليه سابقاً فيما نصت عليه من أن يكون لكل دائرة عضو واحد ينتخب عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية ، إذ تعد هذه المادة قاطعة في الدلالة على ما قصد اليه المشرع من تحديده مقعداً واحداً لنظام الانتخاب الفردي في كل دائرة انتخابية– يجري التنافس عليه بين المرشحين من أعضاء الأحزاب السياسية والمرشحين من غير المنتمين لهذه الاحزاب، وتخصيصه عدة مقاعد في الدائرة خالصة لمرشحي القوائم الحزبية ، ومن ثم فإن هذه المادة تكون بذاتها قد تضمنت في صريح نصها إخلالاً بحق المواطنين غير المنتمين لأحزاب سياسية في الترشيح على قدم المساواة وعلى أساس من تكافؤ الفرص مع باقي المرشحين من اعضاء الاحزاب السياسية، إخلالاً أدى إلى التمييز بين الفئتين من المرشحين في المعاملة القانونية وفي الفرص المتاحة للفوز بالعضوية تمييزاً قائماً على أساس اختلاف الآراء السياسية مما يشكل مخالفة للمواد ٨ ، ٤٠ ، ٦٢ من الدستور . راجع ص ص ٢٦٨ – ٢٦٩ من حكم المحكمة الدستورية العليا المشار إليه آنفاً ، ص ــــــ هامش () من الكتاب.

٤٢- وهذا في الواقع مخالف للأصل العام في تسبيب الأحكام إذ لا يجوز أن يقوم القاضي بتسبيب الحكم عن طريق الإحالة إلى حكم آخر صدر عنه ، ولو في الجلسة نفسها . ينظر د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مرجع سابق ، ص١٩٩

٤٣- راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٨٥/١٢/٢١، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الثالث ، ص ٣٦٨

٤٤- راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٩٩). لسنة ٤ قضائية " دستورية " ، جلسة ٤ يونيو ١٩٨٨، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الرابع ، ص ١١٩ وما بعدها ، وبالاخص ص ١٢٤

٤٥- انظر د. محمد عبد الواحد الجميلي ، اثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص ٣٦ ، و د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص ص ٤٢٤ - ٤٢٥

٤٦- ذهبت إلى ذلك المحكمة الدستورية الألمانية - بحذر شديد - إذا ما طرأت ظروف تتطلب تقديراً جديداً من المحكمة الدستورية . وفي ذات الاتجاه سارت المحكمة الدستورية النمساوية معللة اتجاهها في ان اعطاء إجابة مختلفة عن المسألة الدستورية تخالف ما ارتأته من قبل ياتي استنادا إلى أن من سلطتها اعتناق أفكار جديدة وقيم جديدة للمجتمع عبر عنها الدستور ضمناً ، ومن قبيل ذلك شرط المساواة وما يمكن أن يعكس تفسيره من تأويلات مختلفة في ضوء تطور الظروف . كما قضت المحكمة الدستورية الإيطالية أنه يمكن لها أن تغير اتجاهها في المسألة الدستورية في ضوء التطورات اللاحقة في المبادئ الأساسية للنظام القانوني لما يمكن ان تؤدي اليه هذه التطورات من حلول مختلفة.

انظر د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مرجع سابق ، ص ٣١٥

٤٧- انظر د. صبري محمد السنوسي محمد ، آثار الحكم بعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص ص ٣٢-٣٣

٤٨- انظر د. عثمان عبد الملك الصالح ، الرقابة القضائية امام المحكمة الدستورية في الكويت ، مرجع سابق ص ص ٩٨-٩٩

٤٩- انظر المرجع السابق نفسه ، ص ١٠٠

٥٠- انظر د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مرجع سابق ، ص ٢١٢

٥١- انظر د. أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري ، مرجع سابق ،

ص٢٣٢.

٥٢- انظر د. أحمد كمال ابو المجد ، دور المحـــكمة الدســتورية العليا في النظامين السياســـي والقـــــانوني في مصر ، الجزء الثاني ، مجلة الدستورية، العدد الثاني، السنة الاولى، أبـــريل ٢٠٠٣ ، ص ص ١٠- ١٦

٥٣- وكانت وسائل المحكمة للتخلص من السوابق القضائية القــديمة ، اما عن طريق تجاهل الحكم القديم وتقرير مبدأ جديد مخالف ، او بـــالتمييز بين القضيتين وتبيان أن السابقة القديمة لا تنطبق على القضية الجديدة ، أو بالعدول صراحة عن المبدأ المقرر في السابقـــة القــديمة . انظر د. أحمد كمال ابو المجد ، دور المحـــكمة الدســتورية العليا في النظامين السياسي و القانوني في مصر ، مرجع سابق ، ص ١٥

٥٤- انظر في اختلاف هذه الاراء : د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مرجع سابق، ص ص ٢١٨-٢١٩

55– Helvering v. Hallock , 309 U.S. (1940)

نقلا عن د. أحمد كمال ابو المجد ، الرقابـــة على دســتورية القـــوانين في الولايات المتحـــدة الأمريكية والاقـــليم المصري ، مرجع سابــــق، ص٢٣٨.

٥٦- المرجع السابق نفسه ، ص ٢٣٧-٢٣٨

٥٧- راجع في هذا الرأي د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية ، مرجع سابق ، ص ص ٤٦٨ – ٤٦٩ ، د. محـــمد جمال عثمان جبـــريل ، اثر الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص ص ١٨ – ١٩ ، د. صبري محمد السنوســـي محـــمد ، آثار الحـــكم بـــعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص ٧٠ – ٧١

٥٨- راجع هذا الرأي للدكتور أحـــمد كمال ابـــو المجد ، دور المحـــكمة الدستورية العليا في النظامين السياســـي والقـــانوني في مصر ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ، ص ١٤

٥٩- راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقـــم ٢٠ لســـنة ١ قضائية " دستورية " ، جلســـة ١٩٨٤/٥/٤ ، مجموعة أحـــكام م.د.ع،

الجزء الثالث ، ص٢٠٩.

٦٠- انظر د. اجمد كمال ابو المجد ، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ، ص ١٦.

٦١- اما بخصوص المحكمة الدستورية العليا التي أنشئت بموجب دستور ١٩٦٨ المؤقت ، والمحكمة الاتحادية العليا التي أنشئت بموجب قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤، والمحكمة الاتحادية العليا التي انشئت بموجب دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، فان جميع هذه المحاكم لم تشهد ممارسة فعلية لمهامها في الرقابة على دستورية القوانين ، وبالتالي فان بحث مدى جواز العدول عن حجية أحكامها هو امر نظري بحت ، وان كان يمكن القول انه ينطبق عليه ما أثير بصدد أحكام المحكمة العليا التي أنشئت بموجب القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ ، بخصوص مدى جواز العدول عن حجية أحكام المحكمة بعدم الدستورية.

٦٢- انظر د. حسن محمد ابو السعود ، مذكرات في أصول القانون ، مطبعة الفيض الاهلية ، بغداد ، ١٩٤٠ - ١٩٤١ ، ص ٣٨٥.

٦٣-انظر د. عبد المجيد عباس ، أصول القانون ، ط١ ، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٤٧ ، ص ٢٧٢ - ٢٧٨.

الفصل الثالث

الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي والنطاق الزمني لتنفيذه

الفصل الثالث

الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي والنطاق الزمني لتنفيذه

المبحث الأول : الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي.

يدور أثر الحكم بعدم دستورية نص تشريعي في الأنظمة الدستورية المقارنة التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين بين صور ثلاث:

الصورة الأولى: هي الامتناع عن تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته من دون التعرض لوجود النص ذاته. وهو ما عليه الحال في الولايات المتحدة الأمريكية.

الصورة الثانية: هي أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يؤدي إلى إلغاء هذا النص ، وهذا هو الحال في إيطاليا ، وألمانيا ، والعراق .

الصورة الثالثة : هي أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يؤدي إلى إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته. وهذه الصورة تتشابه من ناحية أثرها العملي مع الصورة الثانية ، وهو ما أخذ به المشرع المصري بموجب قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ النافذ(١).

ولتوضيح الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية في القضاء الدستوري المقارن – محل الدراسة – ، سيقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب ، وذلك على النحو الآتي-:

المطلب الأول : الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية.

سبق وأن أشرنا في معرض تناولنا لموضوع حجية الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية إلى ان القضاء الأمريكي حرص منذ بداية عهده على تأكيد موقفه السلبي من القوانين التي

يقرر تعارضها مع نصوص الدستور ، فبين انه لا يقضي ببطلانها ولا بإلغائها ، بل هو لا يرتب على مخالفتها للدستور أي جزاء عام يمسها في كيانها ، وإنما كل ما يفعله إذا أكتشف تعارضها مع الدستور أن يمتنع عن تطبيقها في خصوص النزاع المعروض أمامه(٢).

وقد رددت المحكمة الاتحادية العليا هذا المعنى في أحكامها ، منها حكمها الصادر سنة ١٩٣٦ في القضية المعروفة بـ United States v. Butler ، حيث أوضحت فيه أنه يجب الا يساء فهم مهمة المحكمة في الرقابة على دستورية القوانين ، فكثيراً ما يقال أن المحكمة تبطل القوانين المخالفة للدستور وهو قول غير صحيح ، إذ كل ما تفعله المحكمة أنها تضع النص الدستوري إلى جوار النص القانوني المطعون فيه لتحدد حقيقة ما بينهما من توافق أو تعارض ، فإذا فصلت في هذه المشكلة ورتبت عليها نتيجتها في خصوص الدعوى المعروضة أمامها فقد انتهت مهمتها بالنسبة للقانون (3). ويتضح من مسلك القضاء الأمريكي أن سلطته تتوقف عند حد الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور . ويكاد يجمع الفقه على ان الأثر القانوني المترتب على صدور حكم بعدم الدستورية في أمريكا يتمثل في الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور حيث لا تملك المحاكم الأمريكية إبطال مثل هذا القانون او إلغائه ، وانما يقف سلطانها عند حد إهمال القاضي لحكم القانون غير الدستوري والامتناع عن تطبيقه في القضية المعروضة عليه . غير أنه لما كان القضاء الأمريكي يأخذ بنظام السوابق القضائية ، فإن الحكم الذي يصدر من المحكمة الاتحادية العليا – باعتبارها تمثل قمة الجهاز القضائي وصاحبة القول الفصل في دستورية القوانين – بعدم دستورية قانون معين والامتناع عن تطبيقه يكون ملزماً عملاً وقانوناً للمحاكم الأخرى كافة، الأمر الذي من شأنه ان يجعل الامتناع عن تطبيق القانون من الناحية العملية وكأنه بمثابة إلغاء له (4).

ويرتبط بالأثر القانوني المترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية في النظام الأمريكي حالة ما إذا وجدت المحكمة بعد فحصها للتشريع الطعين أن جزءاً من أجزائه أو بعضا منها يتعارض مع نصوص الدستور ، بينما تتفق باقي أجزائه مع الدستور ، فكيف يكون قضاءها حينئذ؟

جرت المحكمة الاتحادية العليا منذ أول عهدها بالرقابة على تقرير قاعدة بديهية في هذا الشأن ، وهي انها لا تملك إلا القضاء بعدم دستورية الأجزاء المتعارضة مع الدستور وحدها ، من دون ان يمس حكمها سائر أجزاء القانون أو يتعرض لها . والواقع أن هذا المسلك هو وحده المتصور في أمثال هذه الحالات إذ ليس امام المحكمة وسيلة قانونية مقبولة يمكن أن تستند إليها لابطال الأجزاء المتفقة مع الدستور . على أن المحكمة تشترط لإعمال هذه القاعدة أن تكون الأجزاء المتفقة مع الدستور مستقلة عن الأجزاء المخالفة له بحيث يمكن الإبقاء عليها وحدها ، وأن يتصور بعد ذلك تنفيذها على نحو يحقق الغرض الأساسي من التشريع ولو تحقيقاً جزئياً ناقصاً(٥).

ويدل استقراء الأحكام الكثيرة التي تعرضت لهذه المشكلة (٦)، على أن المحكمة تعتمد في بحثها عن إمكان الفصل بين أجزاء التشريع على معيار مزدوج ذي شقين : أحدهما موضوعي يتصل بنصوص القانون نفسها ، والآخر ذاتي متعلق بنية واضعي هذا القانون.

ومن أوضح الأحكام التي عبرت فيها المحكمة عن هذا المعيار المزدوج حكمها الصادر في عام ١٩٢٤ في قضية Dorchy v. Kansas حيث قالت : " **إن الجزء السليم من القانون لا يعتبر ممكن الانفصال عن الأجزاء المخالفة للدستور إلا إذا تحقق فيه شرطان : أولهما : أن يتضح انه يستطيع وحده إنتاج أثر قانوني . ثانيهما: أن يظهر ان المشرع لو علم بسقوط الأجزاء المخالفة للدستور لاختار مع ذلك بقاء هذا الجزء(٧).**

بيد أن المحكمة لم تلتزم في كثير من المناسبات هذا المعيار الذي وضعته لنفسها ، فأغفلت في كثير من الاحيان نية المشرع الحقيقية مستغلة في ذلك ، السلطة التقديرية الواسعة التي منحتها لنفسها بهذا المعيار المرن ، بحيث تتوصل إلى إبطال ما ترى إبطاله من نصوص القانون التي لا تتفق مع اتجاهها السياسي أو الاقتصادي ، إذ يكفيها لذلك أن تتصيد تعارض جزء صغير من اجزاء القانون مع الدستور لتقضي عليه كله بالبطلان.

وقد شعر الكونكرس بالخطر الذي يتهدد قوانينه من جراء سلطة المحكمة الواسعة في تقدير مدى الارتباط بين أجزاء التشريع فلجأ إلى تضمين تشريعاته المهمة بما يسمى بشرط التجزئة Clause of separability or)

(severability و هو ما يعني أن اجزاء القانون منفصل بعضها عن بعض بحيث لا يؤثر الحكم بعدم دستورية بـــعضاً منها على باقـــي أجزاء القـــانون الأخرى(٨).

وقد كان المنطق يقتضي – طبقاً للمعيار الذي وضعته المحكمة بصدد تحري حقيقة نية المشرع – في ظل وجود شرط التجزئة أن تلتزم حـــكم هذا الشرط ، وأن تبقـــى على الاجزاء الســـليمة من القـــانون ، بـــيد أنها لم تفعل وأخضعت هذا الشرط بدوره للفحص والتقدير . ومن المناسبـــات الهامة التي أهدرت فيها المحكمة قيمة " نص التجزئة " حكمها الصادر في عام ١٩٣٦ في قضية Carter Coal وهو الحكم الذي قررت فيه عدم دستورية قانون الفحم المسمى بقـــانون جوفي The Guffy Act وذلك أن هذا القـــانون يتضمن طائفتين من النصوص : تتصل الأولى منها بتحديد حـــد أدنى وحـــد أقـــصى لاسعار الفحم ، وتتضمن إنشاء لجنة خاصة لتنظيم تحديد هذه المستويات ، اما المجموعة الثانية من النصوص فتتعرض لمشكلة العلاقات العمالية المتصلة بصناعة الفحم ، إضافة إلى حماية العمال وتحسين شروط العمل كتحديد حـــد أدنى للأجور ، وحد أقصى لساعات العمل ، وقـــد حـــرص الكونكرس على الفصل بين طائفتي النصوص في صياغة القانون ، ولم يكتف بـــذلك فصرح بان القضاء بعدم دســـتورية أحـــد اجزاء القـــانون لا يؤثر في قـــيام الأجزاء الاخرى المتبقية.

ولما عرض القـــانون على المحـــكمة انتهت من فحـــصها إلى عدم دستورية النصوص الخاصة بالعلاقات العمالية ثم همت بمناقشـــة النصوص الخاصة بتحديد الاسعار ، غير أنها اكتفت بتقرير ارتباطها بالنصوص الأولى ذاهبة إلى أن في هذا الارتباط ما يكفي لإسقاطها جميعا ويغني المحـــكمة عن الدخول تفصيلاً في مناقشة دستوريتها ، ولم تستند المحكمة في تقريرها لقيام الارتباط بين جزئي القانون إلى استحالة الفصل بينهما ، وإنما إلى اعتقـــادها بان الكونكرس ما كان يقصد إبقـــاء النصوص الســـليمة مع سقـــوط الاجزاء المخالفة للدستور ، بحجة أن جزئي التشريع ليســـا ســـوى دعامتين متكافئتي القيمة لبرنامج تشريعي واحد ، وبغيرهما معاً لا يمكن أن تقوم لذلك البرنامج قائمة(٩).

وانتهت المحكمة إلى القضاء بعدم دستورية القانون في مجمله على الرغم من وجود شرط التجزئة، وهو الأمر الذي دفع رئيسها القاضي هيوز إلى كتابة رأي مستقل يستنكر فيه مسلك المحكمة بشأن إبطال باقي أجزاء القانون(١٠). ويلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا قد عدلت عن هذا المسلك الغريب فيما بعد في حكم لها أصدرته في عام ١٩٤١ في قضية Watson v. Buch(11)، وفي هذه الدعوى قضت المحكمة الاتحادية الدنيا بعدم دستورية تشريع صادر في ولاية فلوريدا بعد ان انتهت إلى عدم دستورية جزء منه فحسب ، واستندت في قضائها إلى قيام الارتباط بين الاجزاء السليمة والاجزاء المخالفة للدستور ، على الرغم من أن القانون قد تضمن نصاً على تجزئة نصوصه عند سقوط بعضها. وقد نقضت المحكمة الاتحادية العليا هذا الحكم مستعملة عبارات قريبة الشبه بعبارات القاضي هيوز التي ضمنها رأيه المخالف في قضية كارتر التي سبق ذكرها ، ومضيفة إلى ذلك أن الأصل الا تحاول المحكمة الاتحادية أن تنحل للهيئة التشريعية في الولاية قصداً مخالفاً للقصد الذي عبر عنه القانون صراحة بنصه على التجزئة، وذلك ما لم تحدد المحكمة العليا في الولاية هذا القصد على نحو مخالف(١٢).

الا ان المحكمة الاتحادية العليا لم تستقر على هذا العدول عن النهج السابق حيث أعادت هذا النهج في عام ١٩٧٣ في قضية Tilton v. Richardson حيث حكمت بعدم دستورية قانون صلاحيات الحرب لعام ١٩٧٣ مع ان القانون ينص على ان " اذا حكم بعدم دستورية أي جزء من هذا القانون تجاه أي شخص أو في ظل أي ظرف معين فان المتبقي من هذا القانون المركب لا يتأثر باي حال بالجزء المحكوم بعدم دستوريته " . فعلى الرغم من وجود هذا النص الخاص بالتجزئة حكمت محكمة Burger بعدم دستورية القانون بأكمله(١٣).

المطلب الثاني : الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر.

يثار التساؤل عما إذا كان الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا

بعدم دستورية نص في قانون او لائحة يؤدي إلى إلغاء قوة هذا النص ، فيغدو معدوماً من الناحية القانونية ويسقط التشريع من تشريعات الدولة ، ام ان الحكم بعدم الدستورية يؤدي فقط إلى الامتناع عن تطبيق هذا النص الذي تبين عدم دستوريته على النزاع المعروض على المحكمة ؟

للاجابة عن هذا التساؤل ينبغي التعرف على موقف الفقه والقضاء الدستوريين في مصر في هذا الشأن ، ويتم ذلك على النحو الآتي:

أولاً: موقف الفقه الدستوري في مصر:

يلاحظ أن الفقه الدستوري في مصر قد انقسم الى ثلاثة اتجاهات بصدد اجابته على هذا التساؤل :

الاتجاه الأول من الفقه ذهب إلى ان الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى الامتناع عن تطبيق النص من دون إلغائه.

ومن انصار هذا الاتجاه الدكتور رمزي الشاعر ، وقد ذهب إلى أنه لا يستفاد مما ورد في المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا ، وفي المذكرة الإيضاحية له أن المشرع قد رتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء القانون او اللائحة ، وإنما يقتصر أثر هذا الحكم على عدم جواز تطبيق النص على الوقائع والمراكز القانونية التي يحكمها ، فالمحكمة الدستورية العليا ليست لها سلطة إلغاء القانون (أو اللائحة) المخالف للدستور وإنما لها مجرد تقرير ما شابه من عيب عدم الدستورية فقط(١٤).

ويضيف الدكتور رمزي الشاعر إلى أن حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتقرير عدم دستورية قانون أو لائحة معينة يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق هذا القانون أو تلك اللائحة . وإذا كان القانون أو القرار بقانون يبقى من الناحية النظرية المجردة قائماً حتى يلغيه المشرع ، وتبقى اللائحة حتى تلغيها جهة الإدارة ، فإن النص غير الدستوري يفقد قيمته من الناحية التطبيقية ، لأن جميع المحاكم سوف تمتنع عن تطبيقه إذا ما دفع امامها بعدم دستوريته في قضية أخرى ، إعمالاً للحجية المطلقة للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون أو اللائحة(١٥).

كما ذهب الدكتور طعيمة الجرف إلى أن النص الذي تقرر عدم دستوريته

سوف يبقى قائماً من الناحية النظرية ، لأن المحكمة الدستورية العليا لا تملك ولاية النطق بإلغائه ، إلا أنه بسبب الحجية المطلقة التي يتمتع بها الحكم ، فإن هذا النص سوف يفقد كل قيمته القانونية ، إذ يلزم جميع جهات القضاء بالامتناع عن تطبيقه(١٦).

هذا وقد ذهب الدكتور محمد حسنين عبد العال (١٧) في الاتجاه نفسه إذ يقول : ان أثر الحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ، ينحصر بصريح نص المادة ٤٩ من قانون تلك المحكمة في عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ومن ثم فان النص يفقد قوته العملية في التطبيق، ولكن ذلك لا يعني بحال ، ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها – الحكم الصادر في ١٩ مايو ١٩٩٠ – (١٨)، الذي أثار جدلاً واسعاً من أن الحكم بعدم دستورية نص "يترتب عليه انعدام هذا النص" ، فهذا الرأي الذي ضمنته المحكمة حيثيات حكمها ، لا يجد له أي سند من الدستور أو القانون ، بل ويخالف صراحة أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بانشاء المحكمة الدستورية العليا ، فضلاً عن أن مسايرة هذا المنطق من شأنه أن يؤدي إلى الاخلال بأحكام الدستور.

ومن ناحية أولى ، وطبقاً لصريح نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، يقتصر أثر الحكم بعدم دستورية نص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشره ، ولو اراد المشرع ترتيب الانعدام ، وهي نتيجة قانونية خطيرة ، لنص على ذلك صراحة . ومما يعزز الرأي في عدم صحة ما ذهبت اليه المحكمة الدستورية العليا ، أن المشرع ذاته في المادة ٤٩ من قانون المحكمة بعد أن قرر الأثر العام المترتب على الحكم بعدم دستورية النص ، عالج في الفقرة الاخيرة من تلك المادة الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية نص جنائي ، فقرر صراحة أن الأحكام التي صدرت بالادانة استنادا إلى ذلك النص تعد كانها لم تكن ، فهذا الحكم الصريح انما يجد تبريره في أن المشرع قد قصر أثر الحكم بعدم دستورية النص على عدم جواز تطبيقه ، ولكنه لم يقرر انعدامه ، بحيث يصبح قانوناً كأنه لم يكن ويفقد كل آثاره القانونية.

ومن ناحية اخرى ، فان وصف العمل التشريعي بالانعدام أمر ينبغي التحوط في شأنه . فاذا كانت فكرة الانعدام"يطبقها القضاء الاداري بحذر شديد في مجال رقابته على قرارات الإدارة ، فان وصف التشريع الذي يصدر عن السلطة التشريعية بالانعدام يمثل افتئاتاً من المحكمة الدستورية العليا على السلطة التشريعية ، يخرج المحكمة الدستورية العليا عن نطاق الصلاحيات التي حددها لها القانون الصادر بشانها من هذه السلطة التشريعية ذاتها(١٩).في حين ذهب الاتجاه الثاني من الفقه إلى أن الحكم بعدم الدستورية يلغي النص التشريعي ويبطله . ومن أنصار هذا الاتجاه الدكتورة عزيزة الشريف إذ ترى أن الحكم بعدم دستورية النص التشريعي يبطله ويلغيه ويفقد النص قوته التشريعية ، وبالتالي لا يمكن للمحاكم أن تطبقه ، فالحكم يهدر القاعدة القانونية في كل ما نشأ عن تطبيقها من آثار (٢٠) ، ومن انصار هذا الاتجاه ايضاً الدكتور محسن خليل الذي يرى أن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قانون معين هو في حقيقته إلغاء لهذا القانون استناداً إلى الحجية المطلقة لحكم المحكمة ، والتزام السلطات العامة والكافة بهذا الحكم ، وعدم جواز تطبيق نص القانون غير الدستوري من اليوم الثاني لنشر الحكم(٢١).

اما الاتجاه الثالث من الفقه فيذهب إلى أن الحكم بعدم الدستورية يلغي قوة نفاذ النص التشريعي . ومن انصار هذا الاتجاه الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل إذ ترى أن الحكم الصادر بعدم الدستورية لا يؤدي بذاته إلى إلغاء النص، وإنما يقتصر أثره على إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته(٢٠).

كما يرى الدكتور عادل عمر شريف أن ما يترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية ، ونشره طبقاً لما أوجبه الدستور في المادة ١٧٨ منه ، وبينته المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا ، وما استقر عليه قضاء المحكمة هو الغاء قوة نفاذ النص المقضى بعدم دستوريته ، وهذا الأثر يتساوى عملاً مع الالغاء بعد أن سقط هذا النص من مجال التطبيق وفقاً للتحديد الذي رسمه المشرع ، بحيث لا يكون بوسع أية جهة تطبيقه خلافاً لحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بعدم دستوريته(٢٣).

ويؤكد ذلك الدكتور يحيى الجمل إذ يذهب إلى أن إلغاء قوة نفاذ النص يعني من الناحية العملية إلغاء النص نفسه ذلك ان النص المحكوم بعدم دستوريته سيفقد كل قيمة عملية تطبيقية مما يبرر أنه يصبح وكأنه غير موجود(٢٤). ونعتقد رجحان رأي الاتجاه الثالث من الفقه في أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي لا يلغي النص ، وانما يلغي قوة نفاذه . وذلك حتى لا نصطدم بمبدأ الفصل بين السلطات ولأن القول بخلاف ذلك يعد اعتداءً واضحاً من المحكمة الدستورية العليا على السلطة التشريعية ، كما أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع من درجته نفسها إعمالاً للقاعدة الخاصة بتقابل الاجراءات.

ومن الناحية العملية فانه لا فارق بين إلغاء النص أو إلغاء قوة نفاذه ، ذلك ان انهاء قوة نفاذ النص تعني فقدان النص لقيمته القانونية وصفته الإلزامية وبالتالي يغدو من الناحية التطبيقية أو العملية ملغياً أو معدوماً ذلك أن على جميع السلطات العامة بما فيها المحاكم الامتناع عن تطبيقه مما يعني ان الأمر واحد في النهاية . وهو ما يفسر استخدام العديد من الفقهاء المصريين والمحكمة الدستورية العليا ذاتها تعبير " إنهاء قوة نفاذ النص" و " إلغاء او انعدام النص" كمترادفات للدلالة على ما يرتبه حكم عدم الدستورية من أثر وإن كان الامر يقتضي تدخل السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية – بحسب نوع التشريع – لإلغاء أو تعديل النص القانوني او اللائحي المحكوم بعدم دستوريته إعمالاً للحجية المطلقة لحكم المحكمة الدستورية العليا . ولأن ذلك هو من صميم عملها وفقا لأحكام الدستور.

ثانياً: موقف المحكمة الدستورية العليا.

نصت المادة (٤٩/٣) من قانون المحكمة الدستورية العليا على انه "ويترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم"

وكما هو واضح من صياغة النص فان حكم المحكمة الدستورية العليا لا يلغي نص القانون او اللائحة المقضي بعدم دستوريته وإنما يوقف نفاذه أو يفقده قوته الإلزامية.

وتطبيقاً لحكم نص المادة (٤٩) ، جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية هو الغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته (٢٥)، مما يعني أن النص المحكوم بعدم دستوريته وإن كان يمتنع علي الكافة تطبيقه لمخالفته للدستور إلا أنه ومع ذلك يظل من الناحية النظرية قائماً إلى أن تلغيه السلطة المختصة بذلك ، فإعدام النص او الغائه ليس من سلطة المحكمة الدستورية العليا ، وفي هذا تقول المحكمة في حكمها الصادر في ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦ ".. **أن كل ما قصد إليه هذا القانون بنص المادة ٤٩ ،لا يعدو تجريد النصوص القانونية التي قضي بعدم دستوريتها من قوة نفاذها ، لتفقد بالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعاً فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها"**(٢٦).

وبما ان إلغاء قوة نفاذ النص يتساوى حكمه من الناحية العملية مع إلغاء النص ذاته ، لذا فان المحكمة الدستورية العليا دأبت على استخدام هذه التعابير " إنهاء قوة نفاذ النص" و " إلغاء او انعدام النص " كمترادفات للدلالة على ما يرتبه حكم عدم الدستورية من اثر ، بل واحياناً تستخدم المحكمة هذه التعبيرات في العبارة الواحدة نفسها، من ذلك حكمها الصادر في ١٩ مايو ١٩٩٠ حيث تقول فيه : " **لما كان ذلك وكان القضاء بعدم دستورية نص المادة الخامسة مكرراً من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ .... يترتب عليه إنعدام هذا النص وإبطال العمل به فيما قرره من أن... ، ومن ثم يكون النعي على نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون المشار إليه قد أضحى غير مجد وبالتالي غير مقبول ، إذ لم يعد له مجال في التطبيق بعد أن ألغى نفاذ النص على كيفية توزيع المقاعد النيابية"(27)..**

كما قضت في حكمها الصادر في ٣ مايو ١٩٩٥ بان " **إبطال المحكمة الدستورية العليا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ ، مؤداه تجريدها من قوة نفاذها ، وزوال الآثار القانونية المترتبة عليها منذ إقرارها وإمتناع متابعة الإتهام الجنائي بمناسبة تطبيقها"**(٢٨).

وفي حكم اخر تقرر " **أن إبطال هذه المحكمة للنصوص القانونية المخالفة للدستور ، يعتبر تقريراً لزوالها نافياً وجودها منذ ميلادها"**(٢٩).

بل ان المحكمة الدستورية العليا قد ذهبت في أحد أحكامها إلى أبعد من ذلك مقررة "**أن الحكم بعدم دستورية نص يترتب عليه انعدام هذا النص ، وزوال الآثار القانونية لهذا النص لتؤول عدماً ، فلا تولد حقاً ولا يقوم بها مركز قانوني لا للمدعي ولا لغيره**"(٣٠). إلا أن لجوء المحكمة إلى مثل هذه التعبيرات المترادفة قد يثير مشكلة في حالة ما إذا كان النص او النصوص المحكوم بعدم دستوريتها كانت معدلة او أعادت تنظيم ما كانت تنظمه النصوص السابقة على صدورها ، ذلك أن القول بانعدام النص المقضي بعدم دستوريته أو زواله قد يفهم منه أن ذلك يعني إحياء النص القديم بحيث يصبح حكمه هو الواجب التطبيق وهو بالفعل ما اتجهت إليه بعض المحاكم من ذلك محكمة القضاء الاداري في حكمها الصادر في ٧ سبتمبر ٢٠٠٠ (٣١)، على إثر قيام المحكمة الدستورية العليا بالحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية الصادر بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ (٣٢) ، والذي كان قد حل محل القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة حيث نجدها تقرر صراحة بأن "**مؤدى ذلك الحكم هو إعمال أحكام قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ على النزاع الماثل بحسبان أن الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات والمؤسسات الاهلية الصادر بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ قد بعث الروح من جديد في قانون الجمعيات والمؤسسات الصادر بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض**".

ويرى الدكتور محمد عبد الواحد الجميلي ان اتجاه محكمة القضاء الإداري كان يمكن قبوله وبأثر رجعي لو أن المشرع كان قد رتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء أو إعدام التشريع المخالف ولكنه لم يرتب هذا الإلغاء أو الإعدام وكل ما رتبه على نشر الحكم في الجريدة الرسمية "عدم جواز تطبيقه" أي الامتناع عن تطبيق النص ، مما يعني أن التشريع أو النص المخالف يظل باقياً إلى أن تلغيه أو تعدله السلطة التشريعية أو التنفيذية حسب طبيعة النص وهي ملزمة بذلك لما يتمتع به حكم الدستورية من حجية مطلقة إن بقاء النص على الرغم من فقدانه لقوة نفاذه يقف حائلاً يمنع من إعادة النص القديم إلى الحياة مرة اخرى . باعتباره هو القانون الواجب التطبيق(٣٣).

نعتقد ان اتجاه محكمة القضاء الإداري لا يمكن قبوله بـاي حـال من الاحوال سواء أكان المشرع قد رتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء القانون المخالف للدستور أم مجرد إلغاء قوة نفاذه أم الامتناع عن تطبيقـه . ففي كل الاحوال لا يمكن ترتيب إعادة النص القانوني القـديم إلى الحـياة مرة اخرى باعتباره هو الواجب التطبيق بعد الحكم بعدم دستورية القانون الذي طبق بعده ، الا اذا تدخلت السلطة التشريعية في إعادة إحياء هذا القانون وذلك اذا ارتأت صحته ومطابقته للدستور، ويكون ذلك عن طريق سن قانون جديد يعمل على احياء العمل بالقانون القديم، اما القول بان هذا القانون القـديم يعود من تلقـاء نفسه إلى الحياة ويطبق من جديد بمجرد إصدار المحكمة الدستورية لحـكمها بعدم دستورية القانون الذي طبق بعده ، فهذا قول منافٍ للمنطق القـانوني ولا أساس له من الصحة.

ومن جانب اخر لا نؤيد مسلك المحكمة الدستورية العليا في استعمالها لتعابير مثل إلغاء قوة نفاذ النص وإلغاء أو إبطال النص أو انعدامه كتعابـير مترادفة ، لأن ذلك يثير نوعاً من الالتباس والغموض ويوقعها في مثل القضية السابقة الشائكة.

هذا ومما يمكن اثارته بصدد موضوع الأثر القـانوني المترتب على الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي ، فرضٍ خاص يتعلق بحالة إذا ما انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى أن نصاً واحداً فقط من نصوص التشريع المطعون بعدم دستوريته هو المشوب بـهذا العيب من دون بقـية النصوص الاخرى ، أو أن جزءاً فقط من النص هو المعيب من دون بقـية الاجزاء . فما هو قضاء المحكمة الدستورية العليا في مثل هذه الحالة ؟

القاعدة التي أرستها المحكمة الدسـتورية العليا بـهذا الصدد هي أن الحكم الصادر بعدم الدستورية يقتصر أثره على إبطال أثر النص الذي قضي بعدم دستوريته من دون بقية النصوص الاخرى للقـانون أو اللائحـة الذي اشـتمل على هذا النص غير الدسـتوري، والتي تبقـى صحيحـة ونافذة قانوناً(٣٤)، ومع ذلك يرد على هذه النتيجة استثناءان هما:

أ. اذا كانت نصوص القانون او اللائحة يرتبط بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل الفصل أو التجزئة، فإن عدم دستورية أحد هذه النصوص او إبـطال

أثره يستتبع بحكم هذا الارتباط إيطال باقي نصوص هذا القانون أو اللائحـــة ولو لم تتضمنها صحيفة الدعوى الدســـتورية مما يســـتوجب الحـــكم بـــعدم دستورية القانون برمته.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ٢ يناير ١٩٩٩ بانه "**وحيث ان العوار الدستوري الذي يضم الفقرة الاولى من المادة الاولى من القانون الطعين، يهدم بنيان هذه الضريبة من أساسه ، ذلك أن تصحيح نطاقها ليشمل كل من يتوافر فيه مناط استحقاقها ، ينعكس تأثيره حـــتماً على ســـــائر نصوصه ، وعلى الأخص تلك المتضمنة تعيين وعائها وتحديد سعرها وشرائحها وحـــدود وأحـــوال الاعفاء منها وبـــيان طرائق وإجراءات تحصيلها.**

وحيث ان القضاء بعدم دســـتورية الفقـــرة الأولى المشـــار إليها ، يؤدي – بحكم اللزوم العقلي – إلى سقوط نصوص القانون رقم ٢٠٨ لســـنة ١٩٩٤ برمتها ، ودون حاجة إلى بـــيان المثالب الدســـتورية الأخرى التي اعتورتها – وذلك لارتباط هذه النصوص بالفقرة الاولى ارتبـــاطاً لا يقبـــل التجزئة بحيث تكون معها كلاً واحـــداً لا يتجزأ مما لا يتصور معه أن تقـــوم لهذه النصوص قـــائمة بـــغير تلك الفقـــرة ، أو إمكان إعمال أحـــكامها في غيبتها"(٣٥).

وترتيباً على ما تقدم ، اذا كان النص الذي قضي بعدم دستوريته يرتبط ارتباطاً وثيقـــاً لا يقبـــل التجزئة بـــنصوص اخرى ، فإنه يترتب لزوماً على القضاء بعدم دستورية هذا النص سقوط النصوص الاخرى المرتبطة به.

وبذلك قضت المحـــكمة الدســـتورية العليا في حـــكمها الصادر في ٢ أغسطس ١٩٩٧ "**فلهذه الأسباب حكمت المحكمة أولاً : بعدم دســـتورية ما تضمنته المواد ٣٧ و ٣٨ و ١١٧ من قانون الكمارك الصادر بقانون رقـــم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ .. ، ثانياً : بعدم دستورية ما تضمنته المادة ١١٩ من ذلك القانون ، من تخويل مدير الكمارك الاختصاص بـــفرض الغرامة .. ، ثالثا : بسقوط الأحـــكام الاخرى التي تضمنتها النصوص المطعون عليها ، والتي ترتبط باجزائها المحكوم بعدم دستوريتها ارتباطاً لا يقبل التجزئة"(36).**

ب. إذا كان متعذراً بعد إبطال المحكمة الدســـتورية العليا للنصوص

المخالفة للدستور، أن تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد التشريع وغاياته ، فانه يترتب على ذلك بطلان التشريع برمته قانوناً كان ام لائحة.

وبذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ٢ يناير ١٩٩٣ والذي تقول فيه " **النصوص التي ينتظمها العمل التشريعي لا تعتبر من زاوية العيوب الموضوعية – مهدرة بتمامها إلا في احدى حالتين:-**

اولهما: إذا كان فصل النصوص التي أبطلتها المحكمة عما سواها متعذراً ، وكان ملحوظاً عند إقرار المشرع للنصوص جميعها ما بينها من صلة حتمية تجعل ترابطها معاً واتصال أجزائها ببعض ، حقيقة قانونية لامراء فيها.

ثانيهما: إذا كان متعذراً بعد إبطال المحكمة للنصوص المخالفة للدستور أن تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد التشريع،وغاياته"(37).

المطلب الثالث: الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية في القضاء الدستوري العراقي.

أولاً: الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة العليا – وفقاً للقانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ – .

كانت المادة (٨٦) من القانون الأساسي – قبل تعديلها – تنص على أن " كل قرار يصدر من المحكمة العليا مبيناً مخالفة احد القوانين او بعض أحكامه لأحكام هذا القانون الأساسي يجب أن يصدر باكثرية ثلثي اراء المحكمة. واذا صدر قرار من هذا القبيل يكون ذلك القانون او القسم المخالف منه لهذا القانون الأساسي ملغياً من الأصل."

لقد اختلف الفقه العراقي بشأن تحديد معنى عبارة " ملغياً من الاصل " فيما يتعلق بموضوع تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية وهل يكون بأثر رجعي ام مباشر – الأمر الذي سنتناوله في المبحث الثاني من هذا الفصل – الا ان خلافاً لم ينشأ بصدد تحديد الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية بموجب المادة (٨٦)، إذ ورد نص المادة (٨٦) صريحاً في هذا الخصوص إذ اعطى المحكمة العليا سلطة إلغاء القانون اذا اتضح لها

مخالفته لأحكام القانون الأساسي العراقـــي ، ومما يعزز رأينا هذا ، هو ما تم النص عليه في المادتين (١١٣) و (١١٤) من القانون الأساسي نفســه ، على اعتبار القوانين المرعية في العراق قبل نشر القانون الأساسي تبقى نافذة وتعد صحيحة من تاريخ تنفيذها إلى ان تبدلها أو تلغيها السلطة التشريعية أو إلى ان يصدر من المحكمة العليا قرار بجعلها ملغاة بموجب أحكام المادة (٨٦).

بموجب هاتين المادتين أكد المشرع الدستوري سلطة المحــكمة العليا في إلغاء القــوانين غير الدســتورية وليس مجرد تقــرير دســتورية أو عدم دستورية مثل هذه القوانين.

ولكن الســؤال الذي يثار بــهذا الصدد هو مدى صحـــة ما ذهب إليه المشرع في المادتين ١١٣ و ١١٤ عندما ساوى بين سلطة السلطة التشريعية في تعديل أو إلغاء القوانين النافذة ، وبين ســلطة المحــكمة العليا في إصدار أحكام بإلغاء تشريع نافذ لعدم دستوريته ، ألا يمثل ذلك إخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات وتعدياً من جانب المحكمة العليا على السلطة التشريعية في ممارسة اختصاصها ؟

كما نســتفيد من نص المادة (٨٦) أنه ليس من الضروري أن يصدر الحكم بإلغاء القانون كله، فقد يقتصر الإلغاء على بعض النصوص الواردة فيه ، وذلك متى كانت هذه النصوص لا تمس جوهر القــانون . اما اذا كانت هذه النصوص جوهرية فيه ، وهي التي صدر القانون من أجل تقريرها ، أو كانت هذه النصوص مترابطة فيما بينها ترابطاً لا يقبــل التجزئة . فعندئذ يجب أن يصدر الإلغاء شاملاً للقانون كله وليس لجزء منه.

وتطبيقاً لما سبق صدر حكم المحكمة العليا بــموجب الإرادة الملكية المرقمة (٣٦٧) لسنة ١٩٣٩، الذي قررت فيه "**عند ملاحظة القانون المشار إليه رأت أكثرية المحكمة ، بأن المادة الرابعة منه قد أناطت بمجلس الوزراء حق منع أي شــخص من الإقــامة في مكان او أمكنة داخل العراق ، وجعل الشخص تحت مراقبة الشرطة ، ... ، وحيث أن تكليف الشخص بــأن يكون تحت مراقبة الشرطة أو تكليفه بالإقــامة في أماكن دون غيرها يدخل ضمن سلطة القضاء ، فبهذا الاعتبار وجدت أكثرية المحكمة أن المادة الرابعة من قانون منع الدعايات المضرة رقم (٢٠) لســنة (١٩٣٨) قــد خولت مجلس الوزراء صلاحيات هي منــاطة – بحكم القانون الأساسي – بالسلطة القضائية ، ولما كانت المادة الخامسة من القانون موضوع البحث مرتبــطة بــالمادة**

الرابعة آنفة الذكر ، ترى المحكمة أن المادتين مخالفتين للدستور ، وبالنظر للمادة (٨٦) فقد أصبحتا ملغيتين من الأصل(٣٨).

إن حكم المحكمة العليا أعلاه نستفيد منه أمرين-:

أولهما: ان عبارة "ملغيتين من الأصل" الواردة في الحـــكم ، هو تأكيد لحكم المادة (٨٦) من القـــانون الأساســـي العراقـــي ، وما أراده المشـــرع الدستوري من ترتيب حكم الالغاء على الحكم الصادر من المحكمة العليا بعدم دستورية قانون.

ثانيهما: ان عبارة "ولما كانت المادة الخامسة من القـــانون موضوع البحث مرتبـــطة بـــالمادة الرابـــعة آنفة الذكر ، ترى المحـــكمة أن المادتين المذكورتين مخالفتين للدستور ، وبالنظر للمادة (٨٦) فقد أصبحتا ملغيتين من الأصل" . وهذا يعني ان المحكمة العليا قد طبقت حكم المادة (٨٦) في ان حكم الإلغاء قد يشمل القانون كله وقد يقتصر على الاجزاء المخالفة منه فقط لأحكام الدستور.

هذا وقد عدلت المادة (٨٦) بموجب قانون التعديل الثاني رقم ٦٩ لسنة ١٩٤٣ وأصبحـــت الفقـــرة الأولى منها تنص على أن "كل قـــرار يصدر من المحكمة العليا ينص على مخالفة احد القوانين او بعض أحكامه لأحـــكام هذا القانون يجب ان يصدر بأكثرية ثلثي اراء المحكمة . واذا صدر قرار من هذا القبيل يكون ذلك القانون او القسم المخالف منه ملغى من تاريخ صدور قـــرار المحكمة على أن تقوم الحـــكومة بتشـــريع يكفل إزالة الاضرار المتولدة من تطبيق الأحكام الملغاة." ونستفيد من نص المادة أعلاه، ان المشرع الدستوري رتب حكم الإلغاء على القانون او القســـم المخالف منه للدســـتور. وهو ذات الحكم الذي قرره في المادة ٨٦ قبل تعديلها ، الا انه جعل النطاق الزمني لتنفيذ حكم الإلغاء لا يمتد بـــأثر رجعي وانما يســـري بـــأثر فوري ومباشـــر كما سنوضحه في المبحث القادم.

ثانياً: الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية في قـــضاء المحكمة الدستورية العليا – وفقاً لدستور ١٩٦٨ المؤقت-.

نصت المادة (٨٧) من دستور ١٩٦٨ المؤقت على ان " تشكل بقانون محكمة دستورية عليا.. ويكون قـــراراها ملزماً" ونصت المادة السادســـة في

فقرتها الاولى من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨ على أن "تتخذ المحكمة الدستورية العليا القرار اللازم حول الموضوع المعروض عليها واذا قررت بمخالفة القانون أو بعض مواده لأحكام الدستور أو مخالفة النظام أو المرسوم لسندهما القانوني اصبح القانون أو الجزء المخالف منه وكذلك النظام أو المرسوم ملغى اعتباراً من تاريخ صدور القرار"

يتضح من النص أعلاه (م٦/١) ان حكم الإلغاء هو الأثر القانوني المترتب على القانون او الجزء المخالف منه لأحكام الدستور . والنص ورد صريحاً في تحديد هذا الأثر مما يزيل أي لبس او غموض حول هذا الموضوع.

ولم يصدر عن المحكمة الدستورية العليا أي قرار يمكن ان نستوضح منه عن اتجاهها في تحديد الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم دستورية قانون لمخالفته لأحكام الدستور.

ثالثاً: الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا – وفقاً لقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ –.

نصت الفقرة ج من المادة الرابعة والأربعين من قانون إدارة الدولة العراقية على انه " إذا قررت المحكمة الاتحادية أن قانوناً أو نظاماً أو تعليمات او اجراء جرى الطعن به انه غير متفق مع هذا القانون يعد ملغياً."

كما نصت الفقرة ثانياً من المادة –٤– من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ على ان " تتولى المحكمة الاتحادية الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والانظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق اصدارها والغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية."

ان النص ورد صريحاً سواء في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ام في قانون المحكمة الاتحادية العليا ، بشأن ترتيب حكم الإلغاء على القوانين والانظمة والتعليمات والأوامر المقضي بعدم دستوريتها لمخالفتها لاحكام الدستور.

رابعاً: الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا – وفقاً لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ –.

على الرغم من خلو دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ من نص يحدد الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم دستورية قانون أو نظام لمخالفته لأحكام الدستور ، إلا أن حكم الإلغاء للقوانين والأنظمة المخالفة للدستور ، ثابت بحكم المادة (٤/ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ – هذا القانون بقي ساري المفعول في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ – (٣٩) إذ تنص هذه المادة : " تتولى المحكمة الاتحادية العليا المهام التالية : ... ثانيا: الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية،.. وبناء على هذا النص يترتب على الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون أو نظام في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، إلغاء هذا القانون أو النظام لمخالفته لأحكام الدستور ، مع ما يرتبه حكم الإلغاء من انعدام النص التشريعي وزوال آثاره المادية والقانونية.

المبحث الثاني: النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية نص تشريعي.

تعد مسألة تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية نص تشريعي أو تحديد نطاق سريان هذا الحكم من حيث الزمان من أهم الموضوعات التي تثيرها الرقابة القضائية اللاحقة على صدور القانون(٤٠).

ويقصد بتحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية ، تحديد الوقت أو التأريخ الذي يمتد إليه أثر الحكم بعدم الدستورية ، بمعنى تحديد ما إذا كان الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يسري بأثر رجعي على العلاقات والأوضاع السابقة على صدور هذا الحكم ، أي يمتد أثره إلى الماضي على العلاقات والأوضاع التي تمت وفقاً للنص الذي قضي بعدم دستوريته ، وبالتالي تعد هذه العلاقات والأوضاع باطلة لتأسيسها على نص ثبت عدم دستوريته ، أم أن الحكم بعدم دستورية القانون يسري بأثر مباشر يقتصر نطاقه على العلاقات والأوضاع التي تنشأ من تأريخ صدور هذا الحكم ، وبالتالي تبقى العلاقات والأوضاع التي تمت في الماضي وفقا للنص المقضي بعدم دستوريته صحيحة(٤١).

ولقد اختلفت سياسة المشرع في دول العالم التي أخذت بالرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين واللوائح في هذا الشأن ما بين مقرر لقاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، ومقرر لقاعدة الأثر المباشر لهذا الحكم ، في حين اعتنقت بعض الدول أسلوب يجمع بين هاتين القاعدتين معا ، على اعتبار إحداهما القاعدة والأخرى الاستثناء.

ويرجع الاختلاف في سياسة المشرع بين دول العالم التي أخذت بالرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين إزاء تحديد أثر الحكم بعدم الدستورية إلي اختلاف منهج هذه الدول في تحديد طبيعة هذا الحكم ، وما اذا كان يعد حكما كاشفاً عن مخالفة النص المقضي بعدم دستوريته منذ صدوره لأحكام الدستور، حيث يكون لهذا الحكم أثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته ، وليس تأريخ صدور الحكم بعدم دستوريته ، ام أن الحكم بعدم الدستورية يعد حكماً منشئاً لعدم الدستورية ، وبالتالي يكون لهذا الحكم أثر مباشر يطبق بأثر فوري من تأريخ صدور الحكم بعدم الدستورية على العلاقات والأوضاع المستقبلية(٤٢).

والحقيقة ان تقرير قاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية هو الحل الذي يتفق مع طبيعة الأحكام القضائية وكونها كاشفة وليست منشئة ، إلا أنه لا يمكن مع ذلك التسليم بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على إطلاقه ، لأن من شأن ذلك التأثير بطبيعة الحال على الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي استقرت في ظل القانون المقضي بعدم دستوريته.

وبناءً عليه لا بد من توضيح المقصود بالأثر الكاشف والأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية ، ثم بيان حدود الأثر الكاشف وضوابطه ، ويكون تفصيل ذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الأثر الكاشف والأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية.

أختلف الفقه في تحديد الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: الحكم بعدم الدستورية له أثر كاشف بإلغاء النص التشريعي المطعون عليه.

القاعدة العامة بالنسبة للأحكام القضائية بصفة عامة انها كاشفة وليست منشئة ، فهي لا تنشئ الحق و انما تكشف عن وجوده ، و على ذلك ، فإن المحكمة حين تقضي بعدم دستورية تشريع معين مع ما يترتب على ذلك من إلغاءه وبطلانه ، فإنها لا تنشئ هذا البطلان ، و إنما تقرر شيئاً قائماً بالفعل بحكم الدستور القائم ، فالتشريع الباطل لمخالفته للدستور باطل منذ وجوده لأنه ولد مخالفا للدستور و النص التشريعي لا ينشأ صحيحا إلا باتفاقه مع الدستور ، و الحكم بعدم دستورية هذا النص يعني تعارضه مع الدستور ، ومن ثم سقوط الأساس الذي انبنى عليه. وهذا يعني أن النص المطعون عليه قد ولد ومعه العوار الدستوري، والحكم بعدم الدستورية يعد كاشفاً لهذا العيب لا منشأ له ، الأمر الذي يمس صحة هذا النص منذ تاريخ العمل به . فهذا الحكم يقرر حقيقة واقعة قبله الا وهي نشأة النص القانوني وبه العيب الدستوري(٤٣).

ومن هنا ، فإن المنطق القانوني المجرد يحتم أن يكون للحكم الذي يصدر مقرراً عدم الدستورية أثر رجعي يمتد إلى تأريخ صدور النص التشريعي غير الدستوري، وليس تاريخ صدور الحكم بعدم دستوريته ، بما يعني عدم جواز تطبيق هذا النص ليس في المستقبل فحسب ، وإنما ايضاً بالنسبة للعلاقات والأوضاع السابقة على صدوره ، بما مفاده بطلان هذه العلاقات والأوضاع التي تمت في الماضي استناداً إلى هذا النص المقضي بعدم دستوريته(٤٤).

ويعتمد الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية على أساس أن عيب مخالفة القاعدة القانونية للشرعية الدستورية يولد مع القاعدة ذاتها. وان تقرير هذا الأثر من شأنه ان يدعم الفائدة العملية التي يرجوها الخصم في دعواه الدستورية ، فالمنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري هي منازعات تدور حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية . فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي ، لأصبح لزاماً على قاضي الموضوع – الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته – أن يطبق ذلك القانون بعد القضاء بعدم دستوريته مما يأباه المنطق القانوني السليم ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق لمبدي الدفع أي فائدة عملية ، مما يجعل الحق في التقاضي وهو من الحقوق

العامة التي كفلتها معظم الدساتير – بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد ومجرداً من مضمونه . وهذا يؤكد أن الطبيعة القانونية للأحكام هي اعتبارها كاشفة للحقوق وليست منشئة لها ، إذ هي لا تستحدث جديداً ولا تنشئ مراكز قانونية لم تكن موجودة من قبل ، بل انها تكشف عن حكم الدستور وهو مقرر سلفاً منذ ان تم العمل به(٤٥). ويستند مبدأ الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية على مبدأ المساواة امام القانون . فلا يجوز التمييز بين مراكز قانونية تكونت قبل هذا الحكم واخرى تكونت بعده . كما أن هذا الأثر الكاشف يضمن فعالية الرقابة على دستورية القوانين وتأكيد لسيادة القانون. وبذلك تعلو الحقوق والحريات، ولا تنتكس قيمتها مهما تعرضت للانتكاس في فترة مؤقتة ، لأن الأثر الكاشف بعدم الدستورية ضمان هام لإزالة كل ما أصابها من انتكاس في الماضي . هذا هو منطق دولة القانون التي لا تترك الحقوق والحريات التي يحميها الدستور عرضة للمساس بها ، وإنما تكفل حمايتها من خلال هيئة قضائية تعتبر جزءاً من نظام الدولة ، وهي المحكمة الدستورية ، ومع ذلك فإنه إذا كان الأثر الكاشف في حد ذاته يعكس قيمة دستورية معينة إلا أن إقرار هذه القيمة لا يجوز أن يكون على حساب قيم دستورية أخرى ، ووفقاً لنظام حماية الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة(٤٦).

ومن الدول التي اعتنقت قاعدة الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية الولايات المتحدة الأمريكية ، وايطاليا ، والمانيا ، والبرتغال ، والكويت(٤٧).

الاتجاه الثاني: الحكم بعدم الدستورية له أثر منشئ بإلغاء النص التشريعي المطعون عليه.

مؤدى هذا الاتجاه ان الحكم بعدم الدستورية يعني إلغاء النص التشريعي المطعون عليه اعتباراً من تأريخ نشر الحكم بعدم دستوريته . ويترتب على ذلك أن جميع الآثار التي رتبها النص التشريعي قبل الحكم عليه بعدم الدستورية تبقى صحيحة وقائمة ، فكل ما هنالك ان هذا النص لا ينتج اثاره القانونية بالنسبة للمستقبل ، لأنه خرج من النظام القانوني للدولة . ومن الدول التي أعتنقت قاعدة الأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية أسبانيا، واليونان ، وتركيا ، ورومانيا، وسلوفاكيا، والتشيك(٤٨).

كما أخذت بهذا الاتجاه النمسا في دستورها الصادر عام ١٩٢٠ إذ نصت المادة (٥/١٤٠) منه على أن " القرار الذي تبطل به المحكمة الدستورية قانوناً أو جزء من قانون لعدم دستوريته يلزم المستشار الاتحادي أو حاكم الإقليم المعني بنشر هذا البطلان فوراً ، ويسري هذا البطلان من يوم نشره ، إلا اذا حددت المحكمة مهلة لسريان هذا القانون أو الجزء من القانون الملغي لا يجوز أن تزيد هذه المهلة عن ١٨ شهراً " . ووفقاً لهذا النص ، فان القاعدة في سريان حكم المحكمة الدستورية النمساوية بعدم الدستورية بأثر فوري ، وليس بأثر رجعي ، فالقانون وان كان غير دستوري ، الا أنه يظل سارياً حتى تاريخ نشر الحكم بعدم دستوريته.

وهذا المنطق في تحديد آثار الحكم بعدم الدستورية يعتمد على أفكار الفقيه Kelsen ، فالنظام القانوني من وجهة نظره – هو نظام اختصاصات مستمدة جميعاً من مصدر واحد ، والذي تقوم على أساسه صحة كل القواعد وسلامتها ووحدتها المنطقية، والقواعد التي تشكل جزء من هذا النظام لا يمكن ان تكون باطلة منذ قيامها ووجودها ، وانما تكون فقط قابلة للالغاء ، وحتى الحكم بالإلغاء ، فإن القانون كان سارياً ، ولم يكن باطلاً منذ البداية ، وبالتالي ليس صحيحاً أن يكون الحكم الذي يقرر عدم الدستورية هو حكم تقريري ، إنه على العكس حكم إنشائي يحدث أثراً إنشائياً عندما يلغي قانوناً قائماً(٤٩).

وهذا التصور لطبيعة الحكم الصادر بعدم الدستورية من حسناته انه يحافظ على فكرة الأمن القانوني أي يحقق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة مما يساعد على إشاعته الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة.

إلا أن القول بأن الحكم له أثر منشئ سيضعنا امام وضع تناقضي إذ سنواجه تمييزاً بين مراكز قانونية تكونت قبل الحكم بعدم الدستورية واخرى تكونت بعده . فالمراكز الأولى لا يمسها الحكم الصادر بعدم الدستورية ، بينما المراكز القانونية الثانية – التي تكونت بعد صدور الحكم بعدم الدستورية –

عليها أن تعمل أثر هذا الحكم . فضلاً عن ذلك فان الأثر المنشأ للحكم الصادر بعدم الدستورية من شأنه أن يضعف فعالية الرقابة على دستورية القوانين، فهذه الرقابة تهدف إلى حماية الدستور من خروج القانون عليه، وهذا الهدف يقلل من إمكانية إصدار قوانين غير دستورية. وحتى تثبت الطبيعة المنشئة للأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، فان ذلك معناه بقاء تطبيقات تلك القوانين غير الدستورية سارية في الماضي ، بل ومحصنة من المساس بها ، وفي ذلك إهدار واضح لمبدأ الشرعية الدستورية(٥٠).

لذا تلجأ دساتير الدول التي أخذت بالأثر المنشئ للحكم بعدم الدستورية ، إلى الحد من السلبيات الناتجة عن تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بأثر فوري ومباشر، من خلال:

١- سريان الحكم بعدم الدستورية في الحالة المعروضة على محكمة الموضوع والتي أثير بشأنها الدفع بعدم الدستورية الذي أحيل إلى المحكمة الدستورية ، وأصدرت هذه المحكمة الاخيرة حكمها بعدم الدستورية ، بغرض استفادة المدعي في الدعوى الدستورية ، وفي ذلك كفالة لحق التقاضي.

٢- كما يجوز للمحكمة الدستورية أن تحدد تاريخاً اخر لنفاذ حكمها غير الأثر المباشر ، بأن تشمل حكمها ، وفي حدود سلطتها التقديرية – بالأثر الرجعي . وفي هذه الحالة ، فإن النص المحكوم بعدم دستوريته لا ينتج أثره وتزول قوته القانونية منذ مولده(٥١).

المطلب الثاني: حدود الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية.

على الرغم من ما للطبيعة الكاشفة للحكم الصادر بعدم الدستورية من أهمية ، إلا أن هذه الطبيعة قد تصطدم باعتبارات النظام العام وما يفرضه من ضرورة حماية الأمن القانوني في الدولة. فالقول بان الحكم له أثر رجعي ، بحيث ينسحب أثره إلى تاريخ مولد القانون المقضي بعدم دستوريته ، قد يتسبب في إحداث ثقوب سوداء في النظام القانوني لهذه الدولة أو تلك ، فالحكم بعدم الدستورية ينشأ عنه فراغ تشريعي نتيجة لزوال القانون المقضي بعدم دستوريته ، وهذا الفراغ بتكرار الأحكام الصادرة بعدم الدستورية سوف تتسع دائرته وتتعدد مجالاته بحيث سنجد انفسنا – في النهاية – أمام نظام قانوني تحتويه الثقوب من كل اتجاه ، سرعان ما يتساقط بنيانه وتهوى قواعده ويضحى أثراً بعد عين(٥٢).

والمحكمة الدستورية حين تقضي بعدم دستورية القانون – في الدول التي ترتب دساتيرها الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية – ، يجب أن توازن بين قيم دستورية مختلفة. ومن هذه القيم المصلحة العامة المتمثلة في الاستقرار القانوني وقدرة الدولة على الاستمرار في اداء مهامها الدستورية. فممارسة الحقوق والحريات لا بد أن تتقيد باعتبارات المصلحة العامة(٥٣).

ويبدو ذلك من خلال مجموعة الحدود والضوابط التي تحكم الأثر الكاشف للحكم الصادر بعدم الدستورية والتي تتمثل بما يأتي:

أولاً: المراكز القانونية المستقرة قبل الحكم.

أستثنت معظم الدساتير المقارنة التي تاخذ بمبدأ الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، الحقوق والمراكز القانونية التي تكون قد استقرت عند صدور هذه الأحكام ، وعلة ذلك أن الحقوق التي تتولد عن القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه لا يمكن وفقاً للقواعد العامة أن تنتقص من حقوق مكتسبة طبقاً لقانون لم يحكم بعدم دستوريته، ويتمتع أصحابها بمراكز قانونية لا ينتقص منها الحكم بعدم الدستورية مثل التقادم وقوة الامر المقضي . ولا يقتصر مصدر المراكز القانونية المستقرة قبل الحكم بعدم الدستورية على هذين المثالين. فالموظف الفعلي الذي يمارس عمله بناء على قرار إداري صحيح من حيث الظاهر يكتسب مركزا قانونيا لا يجوز الانتقاص من مركزه أو المساس بالقرارات التي أصدرها بناء على الحكم بعدم دستورية القانون الذي بني عليه قرار تعيينه(٥٤). ففي النظام الأمريكي استندت المحكمة الاتحادية العليا في بعض المناسبات إلى نظرية الموظف الفعلي للحد من الأثر الرجعي لأحكامها الصادرة بعدم الدستورية.

وفي إيطاليا قيدت قاعدة الرجعية بقيد مفاده أنه يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد تقررت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو أصبحت باتة بانقضاء مدة التقادم.

وفي المانيا قرر المشرع أن الحكم بإلغاء القانون غير الدستوري لا يؤثر على الأحكام التي لم تعد قابلة للطعن ، وبذلك فقد استبعد المشرع الأحكام الحائزة لقوة الأمر المقضي من دائرة الأثر الرجعي وتظل بالتالي محكومة بالقانون الذي صدرت في ظله(٥٥).

اما في مصر فقد قررت المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا "يستثنى من هذا الأثر الرجعي للحكم الحقوق و المراكز التي تكون قد أستقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي او بانقضاء مدة التقادم". ويرجع تقرير هذا الاستثناء إلى أن مبدأ الأحكام الصادرة بعدم الدستورية يتعارض مع مبدأ حجية الأحكام الصادرة قبل الحكم بعدم الدستورية ومبدأ حماية الحقوق المكتسبة التي استقرت قبل هذا الحكم ، و هذا التعارض يقتضي ضرورة الحد من فكرة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية احتراماً لحقوق الغير المكتسبة ولما تتمتع به الأحكام من حجية تمنع إعادة الفصل في ذات الدعاوى التي سبق الفصل فيها و تتطلب احترام الحكم الصادر في الدعاوى الاخرى التي يثار فيها مضمونه كمسألة أولية .و لا شك أن المشرع في تقريره لهذه الاستثناءات على قاعدة الأثر الرجعي للأحكام بعدم الدستورية قد وقف موقفاً متوازناً ما بين تقرير الأثر الرجعي الذي تفترضه الطبيعة الكاشفة للأحكام ، وبين رغبته في الحفاظ على استقرار الأوضاع والمراكز التي ثبتت و استقرت فقرر عدم المساس بها خشية حدوث فراغ تشريعي فضلاً عن الارتباك الذي يحدثه المساس بمبدأ حجية الأمر المقضي للأحكام(٥٦). الا ان للدكتور إبراهيم محمد حسنين رأي خاص بهذا الصدد إذ يقول "نحن نعتقد ان عدم اطلاق فكرة الأثر الرجعي لحكم عدم الدستورية وتعطيل مبدأ المشروعية بحجة حماية الحقوق المكتسبة إذا اصطدم حكم عدم الدستورية بحكم حاز قوة الأمر المقضي ، أو المراكز التي استقرت بانقضاء مدة التقادم ، نحن نعتقد أن تعطيل مبدأ المشروعية في هاتين الحالتين هو مظهر ووجه من أوجه القصور في نظام رقابة الدستورية الحالي.

فمن ناحية الحقوق التي أنقضت بالتقادم – انه لامر عجيب ومثير للدهشة أن التقادم على الرغم من انه اصلاً ليس من النظام العام و لا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويسقط إذا لم يتمسك به صاحب المصلحة في الدفع به. من الغريب أن هذا التقادم يعطل حكم المحكمة الدستورية العليا، ثم أي حق هذا الذي كسب بالتقادم ويستحق الحماية ، أليس هو حق كسب بالمخالفة للدستور ، هل هذا هو حق يستحق الحماية ؟ !! إن مثل هذه المغالطات تستخدم

لقتل مبدأ الشرعية . اما عن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي ، انه لامر غاية في الغرابة أن تتحصن الحقوق التي اكتسبت بالمخالفة للدستور لمجرد انها صدر بها حكم حاز قوة الأمر المقضي . ألسنا نلغي القانون اذا قضي بعدم دستوريته ؟ لماذا تتحصن الأحكام هل الأحكام أقوى من القانون وهي التي صدرت تطبيقاً له ؟ أن من المستغربات أن المشرع شرع التماس إعادة النظر كطريقة للطعن في الأحكام إذا استبانت وقائع بعد صدور الحكم تستدعي إعادة النظر فيه فكيف يتحصن الحكم بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون الذي صدر هذا الحكم تطبيقاً له ، اليس هذا تحايلاً – شرعياً – على مبدأ الشرعية"؟!!(57).

وعلى الرغم من رجاحة الرأي السابق الا اننا نعتقد – ان مثل هذه الضوابط والحدود التي تحد من الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية تعد ضوابط سليمة ومقبولة ، إذ أن الأمر يقتضي في بعض الأحوال الحد من فكرة الأثر الرجعي ، لكن ليس معنى ذلك – بطبيعة الحال – شل اثار الحكم كلية بحجة احترام الحقوق المكتسبة ، إذ يجب في الوقت نفسه احترام مبدأ الشرعية بما يتضمنه من ضرورة احترام القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى ، وإيجاد التوازن بين حماية الحقوق المكتسبة وحماية الشرعية يتطلب الا يطبق أحدهما تطبيقاً يؤدي إلى إهدار الآخر كلية.

ثانيا: احترام شرعية الجرائم والعقوبات.

لما كانت شرعية الجرائم والعقوبات تمثل أحد ملامح الشرعية الدستورية في قانون العقوبات ، فإن الحكم الصادر بالإدانة بالمخالفة لهذه الشرعية لا ينال أية حجية ولو حاز قوة الأمر المقضي ، وذلك لأن اعتبارات الشرعية الدستورية تتفوق على اعتبارات قوة الأمر المقضي. وعليه فاذا صدر حكم من المحكمة الدستورية بعدم دستورية قانون ، ففي هذه الحالة تعد الأحكام الجنائية الباتة التي صدرت استناداً إلى ذلك النص – الذي حكم بعدم دستوريته – كأن لم تكن . وهذا الاتجاه له ما يبرره ، إذ أن الأحكام الجنائية تمس بطريق مباشر الحرية الشخصية للمواطن ، وهي أعز ما يحرص عليه، فإذا اتضح ان النص الذي طبق عليه كان غير دستوري ، فالعدالة تقتضي أن

تغلب جانب الحرية على جانب حجية الأحكام الجنائية ، وفي هذا إعمال كامل لمبدأ المشروعية.

لكن إذا كانت القاعدة سالفة الذكر تنطبق بالنسبة للأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة ، الا انها لا تصح بالنسبة للأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة والتي صدرت استناداً إلى نص حكم بعدم دستوريته ، إذ في هذه الحالة يسري الحكم بعدم الدستورية بأثر فوري ومباشر ، أي من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، وذلك إعمالاً لقاعدة – براءة ألف مذنب خير من إدانة بريء واحد(٥٨).

وقد ثار البحث بصدد هذه الحالة الاخيرة (حالة إذا كان الحكم بعدم الدستورية قد أصاب نصا جنائياً لصالح متهم كان قد طبق عليه وصدر تطبيقا له حكم جنائي حاز قوة الأمر المقضي) في ايطاليا ، وقد تردد القضاء الدستوري الإيطالي في هذا الشأن مدة طويلة ، فقضى في بعضها بقبول الدعوى الدستورية وبعدم دستورية النص الجنائي الصادر لمصلحة المتهم تاركاً للقضاء العادي مسؤولية تطبيق اثاره (٥٩). وقضى في أحكام حديثة له على العكس من ذلك بعدم قبول الدعوى الدستورية لإنعدام المصلحة ، وذلك على أساس أن القاضي العادي يلتزم بتطبيق القانون الأصلح للمتهم ، فإذا قضى بعدم دستورية هذا القانون رجعنا إلى القانون الاسوأ ، وهو ما لا يجوز تطبيقه على أساس أن النص الجنائي الأصلح للمتهم يجب الاستمرار في تطبيقه إعمالاً لمبدأ عدم رجعية نصوص التجريم . وبناء على ذلك ، يطبق بأثر مباشر الحكم الصادر بعدم دستورية نص جنائي أصلح للمتهم(٦٠).

ثالثاً: الأمن القانوني.

يعد الأمن القانوني أحد أهم الأسس التي يقوم عليها بناء دولة القانون التي تخضع فيها جميع السلطات العامة للقانون ، كما يعد الأمن القانوني واحد من أهم الغايات التي يهدف القانون إلى تحقيقها . وينصرف مفهوم الأمن القانوني إلى ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة بحيث تتمكن هذه الاشخاص من التصرف باطمئنان على هدى

من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها باعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها من دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغتة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار ، كأن يصدرٍ عن القضاء الدستوري في مجال الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين حكماً بعدم دستورية نص تشريعي يكون ذا أثر رجعي ، بعد ان طبق هذا النص خلال مدة زمنية معينة ورتب الأفراد أوضاعهم عليه ، إذ يقتضي إعمال فكرة الأمن القانوني الحد من هذا الأثر الرجعي وضبطه بحيث لا يطغى هدف إرساء دعائم المشروعية الدستورية على ضرورة ضمان الاستقرار للمراكز القانونية واحترام الحقوق المكتسبة للافراد ، والتي تعد هي الاخرى من دعائم دولة القانون ومن أهم الغايات التي يسعى القانون الى تحقيقها(٦١).

ففكرة الأمن القانوني اذاً تقضي بضرورة وضع ضوابط تحد من الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعي طبق خلال مدة زمنية طويلة نسبياً ورتب الأفراد أوضاعهم بناء عليه. وقد شهدت فكرة الأمن القانوني تطبيقات عديدة لها على مستوى القضاء الدستوري المقارن.

فقد ظهرت تطبيقات عديدة لها في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر . فمن ناحية استندت المحكمة الدستورية العليا على التفسير الواسع لبعض نصوص الدستور المقيدة للأثر الرجعي (٦٢)، من ذلك ما ورد بالمذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا الخاص بالاستثناءات الواردة على الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية والذي يذهب إلى انه "يستثنى من هذا الأثر الرجعي للحكم الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الامر المقضي او بانقضاء مدة التقادم" فعملت المحكمة على قصر الاستثناء من الأثر الرجعي لأحكامها بعدم الدستورية على حالة الحقوق والمراكز القانونية التي تستند إلى حكم بات وليس مجرد حكم نهائي حائز لقوة الأمر المقضي ، كما انها أغفلت الاشارة في الكثير من أحكامها الحديثة إلى القيد الخاص بمدة التقادم – وهذا مخالف لما ورد في المذكرة الايضاحية(٦٣).

ففي حكمها في ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦ ، وبعد أن أكدت على الرجعية الكاملة لأحكامها الصادرة بعدم دستورية النصوص الجنائية وبانها رجعية لا قيد عليها ولا عاصم منها نجدها تقرر " **فإذا كان قضاؤها مبطلاً لنص غير**

جنائي ، فإن أثره الرجعي يظل جارياً ، ومنسحبـــاً على الاوضاع والعلائق التي اتصل بها مؤثراً فيها ، حتى ما كان منها سابقاً على نشـره في الجريدة الرسمية ، ما لم تكن الحقوق والمراكز التي ترتبط به قد استقر أمرها بـناء على حكم قضائي توافر فيه شرطان : أولهما : أن يكون باتاً وذلك باستنفاذه لطرق الطعن جميعاً ، ثانيهما: أن يكون صادراً قبـل قـضاء المحـكمة الدستورية العليا، ومحـمولاً على النصوص القـانونية عينها التي قـضي ببطلانها"(64).

ومن ناحية اخرى اسـتندت المحـكمة الدسـتورية العليا إلى نظرية الأوضاع الظاهرة لتقييد الأثر الرجعي لأحكامها الصادرة بعدم الدسـتورية وذلك إعمالاً لفكرة الأمن القانوني . ومنها حكمها الصادر في ٨ يوليو ٢٠٠٠ الذي قضت فيه بان الحكم بعدم دستورية النص التشريعي الذي تمت بناء عليه انتخابات مجلس الشعب ، وإن كان يلازمه أن يكون المجلس المذكور بـاطلاً منذ انتخابه، إلا أن هذا البطلان لا يستتبع البتة إسقـاط ما أقـره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذه من إجراءات خلال المدة السابقـة وحـتى تاريخ حكمها بعدم الدستورية ونشره في الجريدة الرسمية . حيث تظل هذه القوانين والأعمال صحيحة ومنتجة اسـتناداً إلى نظرية الأوضاع الظاهرة وقـرينة الصحة التي تتمتع بها هذه الأعمال والقرارات(٦٥).

وفي ايطاليا تلجأ المحكمة الدستورية الإيطالية الى ممارسات قضائية معينة تسمح لها بأن تحقق بفعالية الرقابة الدستورية من دون التضحية بالأمن القانوني . وتتمثل هذه الممارسات في وسيلتين :

الأولى: هي التفسير القضائي الذي يعد دعامة لمنطوق الحكم ، وذلك إذا كان النص التشريعي المطعون عليه يحتمل عدة تفسيرات يؤدي إحـداها إلى اعتبار القاعدة القانونية المرتكزة على هذا النص مخالفة للدسـتور . ففي هذه الحالة تغلب المحكمة التفسير الذي يجعل القاعدة القانونية المذكورة متفقة مع الدستور ، للحد من الآثار السلبية التي تنجم عن إبطال هذه القاعدة .

الثانية: تخويل المحكمة الدستورية رخصة إيقاف آثار حكمها بـعدم الدستورية في حالات استثنائية، ولمدة محددة ، حتى تعطي الفرصة للمشرع لتفادي عيب عدم الدستورية ، ولتلافي أي اضطراب مباشر يحدق بالعلاقات القانونية القائمة(٦٦).

وفي المانيا عملت المحكمة الدستورية الألمانية على تفادي ما أسـمته بحدوث فراغ تشريعي يصل بالبلاد إلى مرحلة الفوضى التي تهدد الحقـوق والجريات وتزعزع الاستقرار في البلاد وتهز أمنه القانوني. وذلك من خلال استحداث نوع ثانٍ من الأحكام يقضي باعلان عدم دسـتورية التشـريع دون القضاء ببطلانه. وقد ميزت بين آثار الحكم بالبطلان ، والحكم بعدم الدستورية ، فجعلت الحكم الأول كاشفاً لعدم صحة التشريع منذ ولادته ، وجعلت الحـكم الثاني منشئاً لإلغاء النص غير الدستوري من يوم صدور الحكم(٦٧).

المبحث الثالث: النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدسـتورية في الأنظمة الدستورية المقارنة .

المطلب الأول: النطاق الزمني لتنفيذ الحـكم بـعدم الدسـتورية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية.

المستقر عليه في الولايات المتحدة الأمريكية فقهاً وقضاءً أن الحـكم الصادر بعدم الدستورية هو حكم كاشف وليس منشئا وبعبـارة اخرى فانه إذا اكتشفت المحكمة أن ذلك العمل التشريعي يتعارض مع الدسـتور فمعنى ذلك أنه لم يكن قانوناً بالمدلول الفني لهذا الاصطلاح إذ يشترط حتى تكتسب أعمال السلطة التشريعية صفة القانون أن تكون صادرة في الحدود التي رسـمها لها الدسـتور من ناحـية الشـكل والموضوع معاً. ويترتب على ذلك أن الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية مطلق ، فيعد القانون منعدم القيمة لا من وقت صدور الحكم وإنما من تاريخ صدوره هو ، وبذلك ينسحب هذا الأثر الرجعي على العلاقات القانونية كافة التي نشأت بمقتضاه وعلى الأوضاع والحقـوق والواجبات التي تقررت في ظله، وذلك بطبـيعة الحـال حـيث لا تجد هذه العلاقات والأوضاع أساسا قـانونيا آخر غير التشـريع الذي قـضي بـعدم دستوريته(٦٨).

وقد عبرت المحكمة الاتحادية العليا عن ذلك في حـكم لها صادر عام ١٨٨٦ في قضية (Norton v. Shelby) فقالت : " **ان التشـريع المخالف للدستور ليس في الحقيقة قانوناً على الإطلاق فهو لا ينشـئ حقوقـاً ، ولا يرتب واجبات ، ولا يمنح حـماية ، ولا ينشـئ وظيفة ، وهو من الناحـية**

القانونية منعدم القيمة تماماً وكأنه لم يصدر أصلاً"(69).

وقد أعملت المحكمة الاتحادية العليا قـاعدة الأثر الرجعي في معظم أحكامها ومنها حكمها في قضية .Schechter Poultry Corp v. U.S حيث قررت براءة المتهمين استنادا إلى عدم دستورية قـانون الاصلاح الصناعي وما يترتب على ذلك من سقوط التنظيم اللائحي الصادر في ظله(٧٠).

على أن هذا الأثر الرجعي لا يمكن التسليم بـه على إطلاقـه ، إذ لا يخفى أن القضاء على كافة الحقوق والواجبات الناشئة في ظل القـانون قبـل القضاء بعدم دستوريته قد يكون له من الأضرار المادية والمعنوية ، وقد يثير من الإشكالات القانونية أضعاف ما قـد يؤدي إليه بقـاء القـانون المخالف للدستور . لاسيما وأن دستورية القانون قد لا تثار امام القضاء إلا بعد سنوات طويلة من دخوله حـيز التنفيذ وترتيب الأفراد والمؤسسـات أوضاعهم على أساسه. ولذلك لم يكن امام الفقه والقضاء بد من التسليم بـضرورة تقـييد هذه القاعدة النظرية ، ومراعاة الوجود الفعلي للقانون(٧١).

وقد عبرت المحكمة الاتحادية العليا عن ضرورة هذا التقييد في حكم لها صادر عام ١٩٤٠ قال فيه القـاضي هيوز رئيسـها: " **إن الوجود المادي للقانون قبل أن يقضى بعدم دستوريته حقيقة واقعة ليس من السهل تجاهلها ، فليس من الممكن في كثير من الأحـوال أن يسـدل حـكم المحـكمة على الماضي ستاراً من النسيان ، ولذلك يجب أن يعاد النظر في أثر القضاء بعدم دسـتورية القـانون على كثير من الأوضاع والعلاقـات التي نشـأت في ظله"(72).**

والقيد الذي جاءت به المحكمة الاتحادية العليا على مبـدأ الرجعية في هذه القضية (Drainage v. Baxter) هو التمسك بمبدأ قوة الأمر المقضي به ، فعندما قاضت مقاطعة (Drainage) بنك (Baxter) في ظل قانون الافلاس لعام ١٩٣٤ ، أثيرت مشكلة دسـتورية هذا القـانون في الدعوى وحـكمت المحكمة بدستوريته وبامهال ملاك الأسهم مدة سنة واحدة لتقديم طلبـاتهم إلى المحكمة حول ديون البنك ولكنهم لم يقدموا طلباتهم خلال المدة المحددة فسقط حقهم في المطالبة . ثم بعد ذلك قررت المحكمة الاتحادية العليا عدم دستورية القانون نفسه فتمسك ملاك الأسهم بعدم دستورية هذا القانون ولكن المحـكمة

رفضت تمسكهم هذا على أساس من قوة الأمر المقضي به(٧٣).

وفي سبيل الاعتراف بالآثار القانونية المترتبة على الوجود المادي للقانون قبل القضاء بعدم دستوريته ، لجأت المحكمة الاتحادية العليا ايضاً إلى وسائل قانونية شبيهة بالنظريات المعروفة في فقه القانون العام ومنها نظرية الموظف الفعلي التي استند اليها القضاء الأمريكي لتصحيح نشاط الموظفين والهيئات الإدارية التي أقيمت بمقتضى القانون المطعون عليه . من ذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا في قضية State v. Gardner عام ١٨٩٦، حيث استندت المحكمة صراحة إلى هذه النظرية مشيرة إلى الآثار الخطيرة التي تترتب على تجاهلها عند تحديد الآثار القانونية للأعمال التي تمت في ظل قانون غير دستوري ، كما لجأت المحكمة في مناسبات اخرى إلى التعويل على حسن نية ذوي الشأن وضرورة مراعاة جانبهم(٧٤).

المطلب الثاني: النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر.

يثار التساؤل حول التاريخ الذي يبدأ منه إعمال أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قانون أو لائحة . وقد مر تحديد هذا التاريخ بمرحلتين نبسطهما على الوجه التالي:

الفرع الأول: النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في ضوء المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديلها.

تنص المادة (١٧٨) من الدستور المصري النافذ الصادر سنة ١٩٧١ على ان "تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية ، والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية ، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من اثار."

وبهذا النص يكون المشرع الدستوري المصري قد فوض المشرع العادي في تحديد الآثار التي تترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي. وإعمالاً لهذا التفويض ، نصت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية

العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار، إذ قضت الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة على أن".. ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم . فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الاحكام بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن . ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لاجراء مقتضاه."

ظاهر النص يعني أن الحكم الصادر بعدم الدستورية في غير المجال الجنائي لا يسري سوى باثر مباشر أي ان النص المقضي بعدم دستوريته يظل صحيحاً ومنتجاً لآثاره كافة من تاريخ صدوره وحتى اليوم التالي لنشر الحكم بعدم دستوريته ، ومما قد يوحي بصدق هذا المعنى أن المشرع وبعد أن أقر وفقاً للظاهر مبدأ الأثر المباشر عاد واستثنى الأحكام المتعلقة بنصوص جنائية وجعلها تنطبق صراحة بأثر رجعي(٧٥).

وهذا المعنى هو ما أيده تقرير اللجنة التشريعية لمشروع قانون المحكمة الدستورية العليا حيث ذهب تعليقاً على هذا النص "ومقتضى ذلك أن بطلان النص المخالف للدستور يتم من هذا التاريخ – التاريخ اللاحق للحكم– وليس في ذلك أية مخالفة أو تعارض مع نص الدستور حيث ترك المشرع الدستوري أمر تحديد آثار الحكم بعدم الدستورية للمشرع العادي دون تقييده بقاعدة ما في هذا الصدد.. ومع ذلك فانه استثناء من القاعدة العامة التي أخذ بها المشرع بشأن الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية قرر بالنسبة للنصوص الجنائية أن يبطل العمل بالنص الجنائي – سواء أكان عقابياً أو متعلقاً بالاجراءات – من التاريخ آنف الذكر على ان تعتبر الأحكام الصادرة بالإدانة استناداً إلى النص الباطل دستورياً كأن لم تكن"(76).

في حين جاءت المذكرة الايضاحية بعبارات تؤكد عكس هذا المعنى إذ ذهبت في إيضاحها لهذا النص إلى أنه "وتتاول القانون الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى

الوقائع أو العلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن تستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم . امّا إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن حتى ولو كانت باتة"(77).

ويتضح من عبارات المذكرة الايضاحية انها تقرر الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية ، بينما يوحي نص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بأن للحكم الصادر بعدم الدستورية أثراً فورياً يقتصر على المستقبل فحسب . وإزاء هذا التعارض الواضح بين ما ورد بنص القانون وما ورد بالمذكرة الايضاحية ، فقد أثير التساؤل عما إذا كان الحكم الصادر بعدم الدستورية له طبيعة كاشفة وبالتالي يطبق بأثر رجعي ؟ أم ان له طبيعة منشئة وبالتالي يسري بأثر فوري وينفذ بالنسبة للمستقبل فقط؟

والإجابة على هذا التساؤل المهم يقتضي عرض موقف الفقه الدستوري في مصر ، وموقف المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن على التفصيل الآتي :-

أولاً: موقف الفقه الدستوري في مصر.

انقسم الفقه الدستوري في مصر في شأن تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قانون أو لائحة إلى فريقين نادى أولهما بالأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية ، بينما تمسك ثانيهما بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية. وذلك على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: الأثر الفوري المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية.

يذهب أنصار هذا الاتجاه (٧٨) إلى أن الحكم بعدم الدستورية يعد منشئاً لحالة عدم الدستورية وليس كاشفاً عنها ، ومن ثم ، فان هذا الحكم يسري بأثر مباشر وفوري من اليوم التالي لنشره، ولا يسري بأثر رجعي ، أي لا ينطبق على الوقائع والعلاقات السابقة على صدوره إلا اذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي . ويستدل انصار هذا الاتجاه على صحة ما

ذهبوا إليه بعدة حجج (٧٩) هي كالآتي:-

١- صريح نص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا ، فالقاعدة الأصولية في التفسير تقول إنه لا اجتهاد مع النص، فوضوح النص في عباراته ودلالة ألفاظه يغني عن الرجوع إلى المذكرة الايضاحية. ونص المادة (٤٩) واضح وهو يفرق في الحكم بين النصوص الجنائية من ناحية حيث يجعل للحكم فيها أثراً رجعياً ، والنصوص غير الجنائية حيث يجعل للحكم فيها أثراً مباشراً ، وإذا كان المشرع يريد إقرار الأثر الرجعي للحكم في غير المواد الجنائية لاكتفى بعبارة يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من دون أن يحدد لترتيب هذا الأثر تاريخا معينا هو تاريخ النشر.

٢- من المسلمات والبديهيات أن يكون المرجع في فهم نصوص القانون ليس المذكرة الإيضاحية الأولى التي صاحبت المشروع وهو يأتي من الحكومة ، وإنما تقرير اللجنة التشريعية التي ضمنت التصور النهائي لمشروع القانون كما رأته اللجنة التشريعية والمجلس التشريعي الذي أقر هذا المشروع ، وتقرير اللجنة التشريعية كان واضحاً وصريحاً حيث ذهب في تحديد المقصود من هذه المادة صراحة الى أن "مقتضى ذلك أن بطلان النص المخالف للدستور يتم من هذا التاريخ اللاحق للحكم وليس في ذلك أية مخالفة أو تعارض مع نص الدستور حيث ترك المشرع الدستوري أمر تحديد آثار الحكم بعدم الدستورية للمشرع العادي دون تقييده بقاعدة ما في هذا الصدد " ، وما دام المشرع الدستوري جعلها للقانون وما دام القانون قد حسمها بنص صريح لا غموض فيه فإنه لا يجدي البحث بعد ذلك عما إذا كان أثر الحكم كاشفاً أم منشئاً فمجال ذلك البحث يكون عندما يسكت المشرع الدستوري ويترك الأمر لمحض تقدير المحكمة ورأيها الخاص بها.

٣- إن تطبيق الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية يهدد الاستقرار القانوني ويعصف بالمراكز القانونية المستقرة منذ وقت طويل.

الاتجاه الثاني : الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية .

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه الدستوري المصري (٨٠) إلى أن الأصل في الأحكام القضائية انها كاشفة وليست منشئة ، وأن الحكم الصادر

بعدم الدستورية – ككل الأحكام القضائية – يعد ذا طبيعة كاشفة ، فهو يكشف عن العوار الدستوري الذي يلازم النص التشريعي منذ صدوره ولا ينشئه ، الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، ومن ثم ، فإن الحكم بعدم الدستورية لا يقتصر إعماله على المستقبل فحسب ، وإنما ينسحب بأثر رجعي ، ليعمل حكم الدستور في شأن الوقائع التي نشأت في ظل التشريع المحكوم بعدم دستوريته، وترتبت بمقتضاه آثار قانونية بالنسبة لها .ويستدل أنصار هذا الاتجاه على صحة ما ذهبوا اليه بعدة حجج(٨١) هي كالأتي-:

١– إن عبارات المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا قد جاءت صريحة وواضحة في شأن سريان الأحكام القضائية بعدم الدستورية بأثر رجعي . إذ جاء فيها أن القانون " تناول أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ، فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع او العلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص".

٢–إن نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا – على خلاف تقدير أنصار الأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية – يفضي إلى تأكيد الأثر الرجعي لهذا الحكم. وتفسير ذلك أن ما ورد بتلك المادة من "عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية" لا يعني أن لهذا الحكم أثراً فورياً مباشراً ، وإنما هو خطاب تشريعي موجه لجميع سلطات الدولة وللكافة للعمل بمقتضاه، ولما كان قاضي الموضوع من بين المخاطبين بهذا النص التشريعي ، فإنه يكون متعيناً عليه عملاً بهذا النص إلا ينزل حكم القانون المقضي بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل ، وهذا يؤكد قصد المشرع في تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، ويؤكد انسحابه على ما سبق من علاقات وأوضاع نشأت في ظل القانون الذي قضي بعدم دستوريته. وقد أعملت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة

للنصوص الجنائية.

٣- ان الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية أمر يفرضه المنطق القانوني. فالمشرع حين أجاز في المادة (٤٩) من قانون المحكمة إثارة المسالة الدستورية اثناء نظر إحدى الدعاوى امام أي من جهات القضاء من تلقاء نفسها أو بطريقة الدفع من أحد الخصوم وأوجب على الجهة القضائية - عند الشك في عدم الدستورية - وقف الدعوى أو تأجيلها وانتظار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المسألة المثارة ، إنما كان يبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري فيما لو قضى بعدم الدستورية ، وهي منازعات تدور كلها - بطبيعة الحال - حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة علي الحكم بعدم الدستورية، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي لأصبح لزاماً على قاضي الموضوع الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته ، أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته مما يأباه المنطق القانوني السليم ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ، ولا يحقق لمبدي الدفع أية فائدة عملية.

٤- ينبغي تفسير نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا في إطار مصدرها التأريخي وهو حسبما يتبين من الأعمال التحضيرية للقانون - نص المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية الايطالية رقم ٨٧ لسنة ١٩٥٣ - . ولقد انتهى الفقه والقضاء الإيطاليان على ضوء تفسيرهما لأحكام الدستور وقانون المحكمة الدستورية الإيطالية إلى أن النص الذي يقضى بعدم دستوريته لا يطبق من اليوم التالي لنشر الحكم ، لا بالنسبة للمستقبل فحسب ، وإنما بالنسبة للوقائع والعلاقات السابقة فلا يطبق عليها ايضاً .

٥- اما القول بأن تطبيق الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية يهدد الاستقرار القانوني ويعصف بالمراكز القانونية المستقرة منذ وقت طويل ، فهو قول مردود ذلك لان المادة (٤٩) من قانون المحكمة قد أخرجت الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي استقرت بأحكام قضائية نهائية أو بالتقادم من نطاق الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وهو ما استقر عليه القضاء والفقه.

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الاتجاه الفقهي الذي يتمسك بالأثر الرجعي للأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية في ضوء المادة (٤٩) من قانون المحكمة قبل تعديلها، وذلك لمنطقيته ومتانة الحجج التي يستند إليها ، والتي يمكن دعمها بحجتين إضافيتين:

أولهما: الطبيعة العينية للدعوى الدستورية ، إذ توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها ، وبالتالي ، فإذا ما قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعي ، فمعنى ذلك أن هذا النص قد ولد مخالفاً للدستور منذ صدوره وليس من لحظة صدور الحكم ، وهذا الأمر يستتبع تطبيق الحكم بأثر رجعي ، إذ لا يتصور أن يكون النص التشريعي دستورياً في الفترة السابقة على صدور الحكم وغير دستوري من لحظة صدوره ، فتلك نتيجة شاذة تجعل من الرقابة الدستورية لغواً وعبثاً، إذ من شأن مسايرة القول بالأثر الفوري تحصين التطبيقات السابقة على حكم المحكمة الدستورية العليا وبقائها محكومة بقانون غير دستوري ، وذلك يناقض الطبيعة العينية للدعوى الدستورية لأن النص التشريعي المطعون عليه إما أن يكون دستورياً ، وإما الا يكون كذلك بالنسبة للماضي والمستقبل على السواء(٨٢).

وثانيهما: ان الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية أمر يفرضه مبدأ المساواة بين المواطنين امام القانون، إذ لا يجوز التمييز بين من تتساوى مراكزهم القانونية، وإذا كان المشرع يخاطب الكافة من خلال ما يسنه من تشريعات تحكم علاقاتهم وتنظم معاملاتهم وذلك لعمومية القاعدة القانونية ، فيجب أن يتساوى المواطنون كافة في شأن تطبيق أثر الحكم بعدم الدستورية ، فلا يكون أثره مقصوراً على المستقبل فحسب ، بل يمتد إلى الماضي ، أي إلى تاريخ العمل بذلك التشريع غير الدستوري ، والقول بغير ذلك مؤداه أن يفيد بعض المواطنين من الحكم بعدم الدستورية دون سواهم ، الأمر الذي ينطوي على تمييز بين المواطنين لا يستند إلى مبررات عملية(٨٣).

ضوابط إعمال الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية في ضوء المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا.

إذا كان مبدأ رجعية الأحكام الصادرة بعدم الدستورية يتفق وطبيعة الأحكام باعتبارها كاشفة وليست منشئة للعوار الدستوري الذي يصيب النص التشريعي منذ صدوره، إلا أن هذا المبدأ لا يعمل به على إطلاقه ، وإنما للأثر الرجعي عدة ضوابط يجب مراعاتها، وهذه الضوابط تختلف بحسب ما إذا كان الحكم الصادر بصدد نص جنائي عنها في النص غير الجنائي، على النحو الآتي:-

أ. بالنسبة للنصوص الجنائية.

إذا صدر حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص جنائي فان مبدأ الرجعية يطبق في هذه الحالة على إطلاقه من دون أية ضوابط أو قيود ، فقد ورد في نص المادة ٤٩ على أنه "فاذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي، تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك كأن لم تكن ، حتى ولو كانت أحكاماً باتة ". فالأثر الرجعي هنا يطبق بصورة مطلقة ، حتى ولو كانت الأحكام الصادرة بالإدانة أحكاما باتة ، وذلك لان الأحكام الجنائية تمس الحرية الشخصية للفرد ، فإذا ما اتضح ان النص الذي طبق عليه كان غير دستوري ، فالعدالة تقتضي أن تغلب جانب الحرية على جانب حجية الأحكام الجنائية .(٨٤)

ب. بالنسبة لغير المواد الجنائية.

أوردت المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة في تعليقها على المادة (٤٩) ضوابط معينة على الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص غير جنائي ، تتمثل في الحقوق والمراكز التي استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي او بانقضاء مدة التقادم حماية للحقوق المكتسبة وتجنباً لإهدارها ، إذ ورد بها : "ويستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي او بانقضاء مدة التقادم".

تتمثل هذه القيود و الضوابط في:-

١- أن يكون الحكم الصادر قبل صدور الحكم بعدم الدستورية قد حاز قوة الأمر المقضي ، فإذا ما صدر حكم بعدم الدستورية ، فإنه لا يجوز أن يمس بحجية الأحكام الباتة ، ومن هنا فان الرجعية تنحسر عن الامتداد إلى هذا المجال ، ويطبق الحكم بعدم الدستورية بأثر مباشر وليس بأثر رجعي ، اما إذا كان الحكم لم يستنفذ طرق الطعن ، فان الحكم الدستوري يطبق بأثر رجعي ، ومن ثم يجوز للخصوم ان يستندوا امام المحكمة المطعون امامها إلى الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بعدم دستورية القانون او اللائحة المراد تطبيقه على النزاع.

2- المراكز القانونية التي تكون قد استقرت بانقضاء مدة التقادم . ففي هذه الحالة يجب الحد من فكرة الرجعية احتراماً للحقوق المكتسبة و المستقرة بمضي المدة(٨٥).

-الوقت الذي يبدأ منه إعمال رجعية الحكم بعدم الدستورية .

أن تحديد الوقت الذي يبدأ إعمال الرجعية لا يثير صعوبة إذا ورد في الحكم الصادر بعدم الدستورية ، أما إذا أغفل الحكم هذا التحديد ، فإنه بمراعاة الحقوق و المراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي او بانقضاء مدة التقادم ، فإن الرجعية ترتد إلى تاريخ صدور التشريع المقضي بعدم دستوريته إذا كان مخالفاً لأحكام الدستور الذي صدر في ظله، وكذلك اذا كان مخالفا لها و لأحكام الدستور القائم في الوقت نفسه لكون عيب عدم الدستورية في تلك الحالات يعد عيباً أصلياً ، في حين لا يبدأ سريان الرجعية إذا كان التشريع المقضي بعدم دستوريته قد أصبح متعارضا مع دستور جديد أو تعديل دستوري إلا من تاريخ نفاذ هذا الدستور الجديد ، أو التعديل الدستوري المستحدث ، بعدّ عيب عدم الدستورية في هذا الفرض يعد عيباً طارئاً .(٨٦)

ثانياً: موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر .

استقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا على تقرير الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية استناداً لطبيعته الكاشفة ، مع استثناء المراكز

والحقوق التي استقرت عند صدور هذا الحكم بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقـــادم من هذا الأثر الرجعي ، على أن يســـري الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على الأحكام الصادرة بالإدانة استنادا إلى نص جنائي غير دستوري ، بحيث تعتبر هذه الأحكام كأن لم تكن ، حتى ولو كانت أحكاما باتة . من ذلك حكمها الصادر في ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦ ، الذي جاء بحيثياته:

"وحيث أن ما نصت عليه المادة ٤٩ من قانون هذه المحكمة من أن النصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها ، لا يجوز تطبيقها اعتباراً من نشر الأحكام الصادرة بشأنها في الجريدة الرسمية ، لايعني أن لهذه الأحكام أثراً مباشراً لا تتعداه ، وأنها بـــذلك لا ترتد إلى الأوضاع والعلائق السابقـــة عليها ، ذلك أن كل ما قصد إليه هذا القانون بنص المادة ٤٩ المشار اليها ، لا يعدو تجريد النصوص القانونية التي قضي بعدم دستوريتها من قـــوة نفاذها التي صاحبتها عند إقرارها أو إصدارها ، لتفقد بـــالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعها ، فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها.

يؤيد ذلك أن الآثار التي ترتبـــها الأحـــكام الصادرة في المســـائل الدستورية ، لا يمكن فصلها عن الأوضاع والعلائق السابقة عليها بـــعد أن مسها النص المطعون فيه مؤثراً في بنيانها . ومن ثم كان تصويبها من خلال الدعوى الدســـتورية لازماً لرد الاضرار التي لحقـــتها أو التي تتهددها ، ويقتضي ذلك بالضرورة أن يكون قضاء المحكمة الدستورية العليا بإبـــطال النص المطعون فيه ، منسحباً اليها ، ليعيدها إلى الحالة التي كانت عليها قبل سريان النص الباطل في شأنها.

ولا مجافاة في ذلك لقـــواعد الرقابـــة القـــضائية على الشـــرعية الدستورية ولا لمقاصد الدستور ، ذلك أن مباشرة هذه المحكمة لتلك الرقابة ، غايتها تقرير اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها مع الدســـتور أو مجاوزتها للضوابط التي فرضها ، وتقـــييمها لهذه النصوص لا ينفصل عما يكون قد اعتراها من عوار عند إقراراها أو إصدارها ، فلا تكون عيوبها أمرا طارئاً عليها ، بل كامناً فيها ، ولصيقـــاً بـــها منذ ميلادها ، ولا أن تكون من

خلقها أو تصورها ، ولا أن تقحمها على نصوص قانونية خلت منها ، بل هي تجليها ، محددة من خلال حكمها – وفي ضوء أحكام الدستور – القاعدة القانونية التي يجب تطبيقها في النزاع الموضوعي ، وهي بعد قاعدة ينبغي إعمالها بافتراض أن النص الباطل منعدم ابتداء لا انتهاءً ، فلا يكون قابلاً للتطبيق أصلا منذ أن نشأ معيباً.

ذلك أن إبطال هذه المحكمة للنصوص القانونية المخالفة للدستور ، يعتبر تقريراً لزوالها نافياً وجودها منذ ميلادها ، وقضاؤها بصحتها ، يؤكد استمرار نفاذها لخلوها من كل عوار يدينها. وليس مفهوماً أن تكون واقعة نشر الأحكام الصادرة بعدم دستورية بعض النصوص القانونية – في ذاتها – حداً زمنياً فاصلاً بين صحتها وبطلانها ، فلا يكون النص الباطل منعدماً إلا اعتباراً من اليوم التالي لهذا النشر . والقول بذلك مؤداه أن يكون التقاضي جهداً ضائعاً وعملاً عبثياً ، وأن للنص القانوني الواحد مجالين زمنيين ، يكون صحيحاً في أحدهما ، وباطلاً في ثانيهما ، حال أن بطلان النصوص القانونية لا يتجزأ ، ويستحيل أن ينقلب العدم وجوداً ، ولا أن يكون مداه متفاوتاً أو متدرجاً ، فالساقط لا يعود ابداً . وحيث إن قانون المحكمة الدستورية العليا – ضماناً لصون الحرية الشخصية التي كفلها الدستور واعتبارها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها عدواناً – قد نص في المادة ٤٩ منه ، على أنه إذا كان الجكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي ، فان أحكام الإدانة الصادرة استناداً إليه ، تعتبر كأن لم تكن ، وهو ما يعني سقوطها بكل آثارها ، ولو صار الطعن فيها ممتنعاً، لتفارقها قوة الأمر المقضي التي قارنتها. وتلك هي الرجعية الكاملة التي أثبتها قانون المحكمة الدستورية العليا لأحكامها الصادرة بإبطال النصوص العقابية ، وهي بعد رجعية لا قيد عليها ولا عاصم منها ، بل يكون أثرها جارفاً لكل عائق على خلافها ولو كان حكماً باتاً ، فإذا كان قضاؤها مبطلاً لنص غير جنائي ، فان

أثره الرجعي يظل جارياً ، ومنسحباً إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها مؤثراً فيها ، حتى ما كان منها سابقاً على نشره في الجريدة الرسمية ، ما لم تكن الحقوق والمراكز التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي توافر فيه شرطان : أولهما: أن يكون باتاً وذلك باستنفاذه لطرق الطعن جميعها ، ثانيهما: أن يكون صادراً قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا ، ومحمولاً على النصوص القانونية عينها التي قضي ببطلانها "(٨٧).

ويلاحظ على الفقرة الاخيرة من هذا الحكم المتعلقة بضوابط إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ، ان المحكمة الدستورية العليا بعد ان ظلت لمدة طويلة تأخذ في أحكامها بالقيود التي وضعتها المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة ، كما هي واردة في المذكرة بالضبط . إلا انها ابتداءً من عام ١٩٩٦ بدأت تتطلب صراحة لأعمال القيد الخاص بالحقوق والمراكز المستقرة بقوة الأمر المقضي ، ان يكون الحكم باتاً وذلك باستنفاده لطرق الطعن جميعاً العادية منها وغير العادية ، مخالفة بذلك ما ورد بالمذكرة الإيضاحية وما استقرت على الأخذ به في أحكامها منذ البداية في تحديدها للحكم المقيد للأثر الرجعي (٨٨). ومسلك المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد تكمن دواعيه في الحفاظ على الأمن القانوني للمجتمع .(٨٩)

ولا شك في ان مسلك المحكمة الدستورية العليا بشأن تقرير الأثر الرجعي لأحكامها الصادرة بعدم الدستورية بالضوابط التي أرستها ، جدير بالتأييد لانه يكفل فعالية الرقابة واحترام الشرعية الدستورية من خلال حمله السلطتين التشريعية والتنفيذية على التزام أحكام الدستور خشية إلغاء اعمالها التشريعية المعيبة بأثر رجعي من ناحية ، ولأنه يكفل التوازن بين مبدأ الشرعية الدسقورية وإستقرار المراكز القانونية من ناحية اخرى.

وبسياسة المحكمة الدستورية العليا استقر الوضع الفقهي والقضائي على رجعية الأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، إلا أن كثرة المنازعات

الضريبية المعروضة على المحكمة الدستورية العليا والخشية من أن تبطل النص الخاص بالضريبة بأثر رجعي وما يؤديه ذلك من أن ترد حصيلتها التي أنفقتها الحكومة في مجال تغطية نفقاتها إلى الذين دفعوها من قبل ، دفعت رئيس الدولة إلى إصدار القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ ليعدل به الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا .(٩٠)

<u>الفرع الثاني: النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في ضوء المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بعد تعديلها .</u>

أصدر رئيس الجمهورية في ١٠ يوليو ١٩٩٨ القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا ، ونص في مادته الأولى على أن يستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، النص الاتي : " ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد لذلك تاريخاً اخر ، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الاحوال إلا أثر مباشر ، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص" (٩١).

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية لقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ "... وقد ادى الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي لأحكام المحكمة في غير المسائل الجنائية – إلى صعوبات متعددة في مجال التطبيق يندرج تحتها الإخلال بمراكز قانونية امتد زمن استقرارها ، وتحميل الدولة بأعباء مالية تنوء بها خزانتها بما يضعفها في مجال تحقيق مهامها التنموية والنهوض بالخدمات والمرافق العامة التي تمس مصالح المواطنين في مجموعهم.

وعلاجاً لمشكلات الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي في مثل

هذه الحالات التي تكشف عنها التجربة ، وتحقيقاً للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع ، والحفاظ على أمنه اجتماعياً واقتصادياً وهي أمور يرتبط كل منها بالآخر برابطة وثقى ، فقد رؤي تعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بما يكفل تحقيق الأغراض الآتية:

أولاً: تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر غير رجعي لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها، وقدر الخطورة التي تلازمها.

ثانياً: تقرير أثر مباشر للحكم بنص القانون إذا كان متعلقاً بعدم دستورية نص ضريبي ، ذلك أن إبطال المحكمة لضريبة بأثر رجعي مؤاده أن ترد الدولة حصيلتها التي أنفقتها في مجال تغطية أعبائها إلى الذين دفعوها من قبل ، بما يعجزها عن مواصلة تنفيذ خططها في مجال التنمية ، ويعوقها عن تطوير أوضاع مجتمعها ، ويحملها على فرض ضرائب جديدة لسد العجز في موازنتها ، وتلك جميعها آثار خطيرة تهدم من خلال حدتها الأوضاع القائمة ، وتضطرب بها موازنة الدولة فلا تستقر مواردها على حال.

ثالثاً: وحسماً لأي خلاف في شأن ما إذا كان الأثر المباشر للأحكام الصادرة ببطلان نص ضريبي ينسحب إلى ذي المصلحة في الخصومة الدستورية ، عن طريق الدفع ، أو عن طريق الاحالة او التصدي ، فإن الفائدة العملية للخصومة الدستورية يتعين أن يجنيها كل ذي شأن فيها من أطرافها ، ضماناً لفاعلية حق التقاضي ، ولأن الترضية القضائية هي الغاية النهائية لكل خصومة قضائية على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ..."(٩٢).

وبناءً على ما سبق فان التعديل الذي اتى به القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ اقتصر على الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا فلم يمس التعديل حكم الفقرة الرابعة من نفسها المادة والمتعلقة بتحديد أثر الحكم بعدم دستورية نص جنائي ، ومن ثم لا يوجد أي خلاف في سريان هذه الأحكام بأثر رجعي على التفصيل السابق بيانه . أما في خارج المجال الجنائي فان التساؤل يثار حول ما إذا كان القرار بقانون قد عدل

ما كانت قد استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا في تفسيرها للفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة بحيث أصبحت الأحكام الصادرة بعدم الدستورية لا تسري كأصل عام سوى بأثر مباشر أي من اليوم التالي لنشر الحكم ؟

وللاجابة على هذا التساؤل يلزم التمييز بين الحكم الصادر بعدم دستورية نص غير ضريبي ، والحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي ، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الحكم الصادر بعدم دستورية نص غير ضريبي.

استقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا كما ذكرنا من قبل ، وأيدها في ذلك غالبية الفقه الدستوري في مصر في ظل صياغة الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) قبل تعديلها ، على سريان أحكامها الصادرة بعدم الدستورية بأثر رجعي بما مؤداه عدم تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته ليس في المستقبل فحسب وانما ايضاً بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم ولم تستثنِ من هذا الأثر الرجعي سوى المراكز والحقوق التي تكون قد أستقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي او بانقضاء مدة التقادم .

إلا أن تعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ و بالرغم من احتفاظه بالصياغة الأصلية للنص التي تقضي بأنه "يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم " إلا أنه أضاف إليها عبارة "مالم يحدد الحكم تاريخاً اخر" وقد اختلف الفقه بشأن هذه الاضافة وما اذا كانت تعني تعديل ما كانت قد استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا من ان أحكامها الصادرة بعدم الدستورية يمتد أثرها إلى الماضي ام ان الأمر لا يعدو سوى مجرد التوسع في اختصاصات المحكمة.

وعلى ذلك سنعرض لموقف الفقه الدستوري في مصر من هذه المسألة ، ثم نعقبه ببحث موقف المحكمة الدستورية العليا منها :

أ. موقف الفقه الدستوري في مصر .

أختلف الفقه بشأن الإضافة التي أدخلها القرار بقانون على نص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩):

فبعضهم (٩٣) رأى فيها أن المشرع بذلك يكون قد انتصر للاتجاه الذي كان يرى أن نص الفقرة الثالثة في صياغتها الأصلية لا يرتب على الحكم بعدم الدستورية سوى أثر مباشر، بحيث أصبح الأصل بعد التعديل بالنسبة لهؤلاء هو الأثر المباشر لحكم عدم الدستورية والاستثناء هو الأثر الرجعي الذي يجوز للمحكمة أن تقرره في حكمها طبقاً للنص بعد تعديله، فالتعديل بالنسبة لهذا الجانب ألغى أو منع الأثر الرجعي والذي كانت قد استقرت المحكمة الدستورية العليا في تفسيرها للفقرة الثالثة من المادة (٤٩)، على سريانه بقوة القانون من اليوم التالي لنشر حكمها الصادر بعدم الدستورية. ودليلهم في ذلك هو عبارة النص القائلة "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون او لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم" ، حيث تفيد هذه العبارة تقرير قاعدة الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية ، كما أن عبارة "ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً اخر" ، تمثل في نظرهم استثناء من هذه القاعدة ، فالتاريخ الاخر الذي تملك المحكمة الدستورية العليا تحديده لا يكون الا سابقاً على تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية ، وبالتالي فان هذا الاستثناء يؤكد القاعدة وهي الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية في المواد غير الضريبية .(٩٤)

في حين ذهب البعض الاخر .(٩٥) الى انه حتى بعد التعديل فان ما استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا من سريان احكامها الصادرة بعدم الدستورية بأثر رجعي ما زال هو الأصل والاستثناء هو ما يحدده الحكم من تاريخ اخر لسريان أثره . فالتعديل – كما يقولون – من ناحية لم يمس الصياغة الأصلية التي استقرت المحكمة الدستورية العليا على تفسيرها بما يعطي لأحكامها اثراً رجعياً بالقيود التي أوردتها المذكرة الإيضاحية للنص قبل التعديل ، فكل ما فعله التعديل في الحقيقة لا يعدو سوى انه أضاف للمحكمة اختصاصاً جديداً ، أو بمعنى اخر وسع من اختصاصاتها حيث منحها صلاحية تحديد تاريخاً اخر لبدء اعمال أثر حكمها .(٩٦)

ومن ناحية أخرى فان المذكرة الايضاحية للقرار بقانون تؤكد صحة هذا الاتجاه ذلك انها وبعد ان سلمت صراحة بـان الاصل على ما جرت عليه المحكمة الدستورية العليا في تفسيرها للفقـرة الثالثة أن الحـكم الذي تصدره بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة له أثر يمتد إلى الماضي برجعية تحكم الروابط السابقة على صدور الحكم كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة ، أوضحت ان الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي قد أدى إلى صعوبات ومشـكلات متعددة في مجال التطبيق ، وعلاجاً لذلك "رؤي تعديل حكم الفقـرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحـكمة الدسـتورية العليا بـما يكفل... أولاً: تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر غير رجعي لحـكمها في ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببـعض الدعاوى الدسـتورية التي تنظرها بـمراعاة العناصر المحيطة بها وقـدر الخطورة التي تلازمها". فالمذكرة الإيضاحـية كما هو واضح تؤكد على ان الأصل ما زال هو الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وأن تخويل المحكمة رخصة تقرير تاريخ اخر لسـريان أثر حـكمها لا يعدو سوى ان يكون استثناء من هذا الأصل بحيث إذا لم تلجأ اليه المحكمة سـرى حكمها بأثر رجعي إعمالاً للأصل العام في هذا الخصوص ، بالقـيود نفسـها التي سبق وان أستقرت عليها .(٩٧)

ونحن بدورنا نؤيد الاتجاه الثاني من الفقه في تمسـكه بقـاعدة الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية حتى بعد صدور القرار بقانون رقـم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ وتعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) ، إذ ان تقـرير الأثر الرجعي كأصل عام للأحـكام بـعدم الدسـتورية هو ما يتفق مع الشـرعية الدستورية والطبـيعة العينية للدعوى الدسـتورية ومع فكرة الأثر الكاشـف للأحكام القضائية.

كما اننا نتفق مع الدكتور محمد عبد الواحد الجميلي في رأي خاص له بصدد السلطة الجديدة التي منحها المشرع للمحكمة الدستورية العليا في تحديد تاريخ اخر لسريان أثر حكمها – كاستثناء على مبـدأ رجعية الحـكم الصادر بعدم الدستورية – تسمح لها في تقديرنا بالإضافة إلى جعل حكمها لا يسـري

سوى بأثر مباشر أي فقط من اليوم التالي لنشره او بأثر مستقبلي بمعنى ان تحدد مهلة يسري بعدها حكمها ، أن تجعل لحكمها أثراً رجعياً محدوداً بمعنى جعل أثره لا يرتد إلى الماضي سوى إلى تاريخ معين خلاف التاريخ الذي يفرضه الأصل العام الذي يحكم سريان آثار أحكامها، فالأمر متروك لمحض ترخص المحكمة تجريه في ضوء – كما تذهب المذكرة الايضاحية للقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ – تقديرها للظروف والعناصر المحيطة بالدعوى التي تنظرها وقدر الخطورة التي تلازمها ، وإن كان ما تشير اليه المذكرة الايضاحية لا يقدم في الواقع ضابطاً موضوعياً محدداً .(٩٨)

ب. موقف المحكمة الدستورية العليا.

اما بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا وبصدد تحديد سياستها بين هذين الاتجاهين الفقهيين ، فيما يتعلق بتعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ ، فانها لم توضح صراحة موقفها من مضمون هذا التعديل ، وحقيقة تفسيرها له ومدى تمسكها بقاعدة الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية أو تحولها عنها إلى قاعدة الأثر المباشر لهذا الحكم.

ومع ذلك فانه يمكننا أن نستشف من أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة بعد هذا التعديل استمرار هذه المحكمة في تبني تفسيرها السابق للمادة (٤٩) قبل تعديلها على انها تقرر الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية ، كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة (٩٩). ففي حكمها الصادر في ٨ يوليو ٢٠٠٠ والذي انتهت فيه إلى عدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من القانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية فيما تضمنه من جواز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية ، نجدها تقرر صراحة في حيثيات حكمها " **الأصل – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن إجراء انتخابات مجلس الشعب بناء على نص تشريعي قضي بعدم دستوريته، يؤدي إلى بطلان تكوينه منذ انتخابه**"(١٠٠).

ومن ذلك ايضاً حكمها الصادر في ٥ فبراير ٢٠٠٠ حيث ذهبت إلى انه "وحيث أن إبطال النصين المطعون فيهما والذين حجبا عن الطالب حقوق الانتفاع بالخدمات الصحية والاجتماعية بما في ذلك المبلغ الشهري الإضافي يعني انعدام وجودهما منذ مولدهما ، مما يستتبع أحقية الطالب في دعواه الموضوعية" .(١٠١)

ثانياً: الحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي.

أ. الأصل سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر مباشر .

بعد أن أكد القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ من خلال مذكرته الإيضاحية على أن الأصل في الأحكام بعدم الدستورية هو سريانها بأثر رجعي وبعد ان استحدث للمحكمة الدستورية سلطة جديدة لم تكن تتمتع بها من قبل وهي سلطة تحديد تاريخ اخر لسريان أثر حكمها ، نجده يعود ليخرج من إطار الأثر الرجعي ومن السلطة الجديدة الممنوحة للمحكمة الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص ضريبي حيث قرر صراحة بأن الحكم في هذه الحالة " لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر" بمعنى أن النص المقضي بعدم دستوريته لا يعد نافذاً سوى اعتباراً من اليوم التالي لنشر الحكم حتى ولو لم ينص في الحكم على ذلك ، مما يعني عدم جواز المساس بما رتبه من آثار قبل نشر الحكم ، وعلى ذلك فإذا كانت الدولة قد قامت بتحصيل ضرائب بناء على نص ، ثم حكم بعدم دستورية هذا النص ، فلا ترد الدولة ما تكون قد حصلته قبل نشر الحكم ، إلا للمدعي ذاته ، على التفصيل الذي سنراه بعد قليل ، كما يكون من حق الدولة تحصيل الضريبة التي لم تسدد ، حتى تاريخ نشر الحكم(١٠٢).

وقد بررت المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون الأخذ بالأثر المباشر في هذا المجال بقولها : " أن إبطال المحكمة لضريبة بأثر رجعي مؤداه ان ترد حصيلتها التي أنفقتها في مجال تغطية أعبائها إلى الذين دفعوها من قبل – بما يعجزها عن مواصلة تنفيذ خططها في مجال التنمية ويعوقها عن تطوير أوضاع مجتمعها ، ويحملها على فرض ضرائب جديدة لسد العجز في موازنتها ، وتلك جميعها آثار خطيرة تهدم من خلال حدتها الأوضاع القائمة ، وتضطرب بها موازنة الدولة فلا تستقر مواردها على حال".

وعلى الرغم من هذا التبرير الذي قدمته المذكرة الإيضاحية الا اننا نؤيد رأي غالبية الفقه المصري الذي يذهب إلى أن تقرير الأثر المباشر للأحكام الصادرة ببطلان نص ضريبي سوف يغري الدولة بفرض ضرائب على الافراد من دون اهتمام ببحث مدى اتفاقها مع الدستور ، فإذا صدر قانون ضريبي مخالف للدستور ، وتم بمقتضاه الحصول على بعض أموال الأفراد من دون وجه حق ، ثم طعن في هذا القانون بعد ذلك ، فلا محل لمطالبة الدولة باسترداد الأموال التي حصلتها من المواطنين قبل الحكم بعدم الدستورية ، وهذا يمثل اعتداء على الملكية الخاصة للأفراد بما يخالف المادة (٣٤) من الدستور ، والتي تنص على أن الملكية الخاصة مصونة (١٠٣).

ب. الاستثناء: سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي بالنسبة للمدعي في الدعوى الدستورية.

إذا كان التعديل الذي أدخله القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ على الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة قد استثنى – من الأثر الرجعي وما تتمتع به المحكمة الدستورية العليا من سلطة – ، الحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي حيث قرر عدم سريانه في جميع الأحوال إلا بأثر مباشر ، إلا انه عاد بعد ذلك واستثنى من هذا الاستثناء المدعي في الدعوى الدستورية حيث قرر استفادته بأثر رجعي من الحكم الصادر بعدم دستورية النص الضريبي ، وهو ما يعني حقه وحده دون غيره من الممولين دافعي ذات الضريبة في استرداد المبالغ التي سبق له دفعها كضرائب قبل الحكم بعدم دستورية النص الضريبي ، مع مراعاة أن سريان الحكم بعدم دستورية نص ضريبي على المدعي في الدعوى الدستورية ، بأثر رجعي ، يتقيد بالقيود الواردة على قاعدة الأثر الرجعي ، أي بالحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدور الحكم بعدم الدستورية ، اما بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم (١٠٤).

والحقيقة أن قصر الاستفادة من الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي على المدعي في الدعوى الدستورية دون غيره من الممولين دافعي ذات الضريبة ، بحكم التعديل الذي أدخل على الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) ، يعد أخلالاً بمبدأ المساواة في المراكز القانونية المنصوص عليه في المادة (٤٠) من الدستور ، وتعارضاً صريحاً مع مبدأ تكافؤ الفرص المنصوص عليه في المادة (٨) من ذات الدستور (١٠٥).

-أثر التعديل على حجية الأحكام الصادرة بعدم الدستورية.

أحدث القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ تغييراً في حجية الأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، فلم تعد جميع أحكام المحكمة الدستورية العليا تتمتع بحجية مطلقة تسري على جميع سلطات الدولة والكافة من تاريخ واحد ، بل أصبح الحكم الواحد يتمتع بحجية مطلقة بالنسبة لبعضهم وبحجية نسبية بالنسبة لبعضهم الاخر ، وتفصيل ذلك كالآتي:-

١- الأحكام التي تصدر بأثر رجعي مطلق تثبت لها الحجية المطلقة من تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته.

٢- الأحكام التي تحدد لها المحكمة تاريخاً اخر لسريانها تثبت لها حجية مزدوجة:-

- حجية مطلقة بالنسبة للغير - أي لغير المدعي - إعتبارا من التاريخ الذي تحدده المحكمة .

- حجية نسبية بالنسبة للمدعي من تاريخ صدور النص الضريبي المقضي بعدم دستوريته .

٣- الأحكام التي تصدر في المسائل الضريبية يكون لها حجية مزدوجة:-

- حجية مطلقة بالنسبة للغير - أي لغير المدعي - من اليوم التالي لتاريخ نشرها في الجريدة الرسمية .

- وحجية نسبية بالنسبة للمدعي من تاريخ صدور النص الضريبي المقضي بعدم دستوريته (١٠٦).

ونحن نتفق مع الدكتور شعبان أحمد رمضان في أن هذا الوضع يفرغ الحكم الصادر بعدم الدستورية من قيمته ويفقد الثقة في المحكمة وقراراتها لعدم وجود معايير منضبطة تحكم على أساسها بالأثر الرجعي في حالة دون أخرى ، فضلاً عن الإخلال بمبدأ المساواة بين من يخاطبهم النص المحكوم بعدم دستوريته بحسب ما إذا كان القانون قد طبق عليهم قبل أو بعد التاريخ الذي تحدده المحكمة لسريان حكمها بعدم الدستورية . وبعدما كانت أحكام المحكمة الدستورية العليا تحظى بحجية واحدة هي الحجية المطلقة إزاء السلطات العامة والكافة ، أضحت – في ظل التعديل الشاذ ، ممزقة على النحو سالف الذكر ، وهو ما يناقض الطبيعة العينية للدعوى الدستورية والهدف منها(١٠٧).

المطلب الثالث : النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في القضاء الدستوري العراقي.

أولاً: النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة العليا – وفقاً للقانون الأساسي لعام ١٩٢٥ – .

كانت المادة (٨٦) من القانون الأساسي – قبل تعديلها – تنص على أن "كل قرار يصدر من المحكمة العليا مبيناً مخالفة أحد القوانين أو بعض أحكامه لأحكام هذا القانون الأساسي يجب ان يصدر بأكثرية ثلثي اراء المحكمة واذا صدر قرار من هذا القبيل يكون ذلك القانون أو القسم المخالف منه لهذا القانون الأساسي ملغياً من الأصل".

أثار التعبير القانوني "ملغياً من الأصل" تساؤلاً في الفقه الدستوري العراقي حول المقصود بهذا التعبير والمغزى من ايراده في صلب المادة (٨٦) من القانون الأساسي . فهل يقصد به أن يصبح القانون المحكوم بعدم دستوريته باطلاً وملغياً من يوم صدوره وبالتالي ينفذ الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة العليا بأثر رجعي ، ام يقصد به ان إلغاء القانون يكون قطعياً وباتاً من تاريخ صدور الحكم بعدم دستوريته ، بمعنى أن ينفذ الحكم بعدم الدستورية بأثر فوري ومباشر؟

فإذا كان المقصود به إلغاء القانون من يوم صدروه ، فان ذلك يؤدي

إلى إلغاء جميع المعاملات القانونية التي تمت بموجبه ، و الأحكام القضائية القطعية التي صدرت استناداً إليه ، كما يجب ان تسترد جميع المدفوعات النقدية التي دفعت تطبيقاً لهذا القانون الملغي (١٠٨). ويجب في هذه الحالة إصدار "قانون التضمينات" لحماية الموظفين و غيرهم من المسؤولين الذين قاموا بالأعمال بحسن نية استناداً للقانون الملغي ، على غرار ما نصت عليه المواد (١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧) من القانون الأساسي العراقي التي جعلت جميع التصرفات و الأعمال التي تمت بحسن نية و جميع الأحكام الصادرة قبله صحيحة ومشروعة ، كما يجب على الحكومة أن تقوم بتشريع يكفل إزالة الاضرار المتولدة من تطبيق القوانين و الأحكام الملغاة، (١٠٩) و هذا أمر صعب التنفيذ لا سيما إذا كان القانون عريقاً في القدم.

لذا اتجه بعض الفقهاء إلى ترجيح القول الثاني وهو ان الإلغاء يكون من تاريخ صدور الحكم بعدم الدستورية ، إذ استند بعضهم لتأكيد هذا الاتجاه إلى نص المادتين (١١٣ و ١١٤) من القانون الأساسي ، إذ جاء فيهما أن القوانين المرعية في العراق قبل نشر القانون الأساسي "تبقى نافذة" و "تعتبر صحيحة من تاريخ تنفيذها" إلى أن تبدلها أو تلغيها السلطة التشريعية أو إلى أن يصدر من المحكمة العليا حكم بجعلها ملغاة بموجب أحكام المادة (٨٦) من القانون الأساسي ، وبذلك فان عبارتي "تبقى نافذة" و "تعتبر صحيحة من تاريخ تنفيذها" تشيران إلى أن إلغاء تلك القوانين لا يتعدى تاريخ الحكم الصادر بعدم دستوريتها.(١١٠)

في حين استند البعض الاخر من الفقهاء في ترجيح الأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية – أي ان الإلغاء يكون من تاريخ صدور الحكم بعدم الدستورية – ، إلى ان هذا الاتجاه يتفق مع روح المشرع العراقي في الحفاظ على الحقوق المكتسبة إذ ان هناك تطبيقاً اخر للقواعد العامة في الإلغاء في مسألة المراسيم ، فعدم الموافقة عليها من مجلس الامة لا يجعل لالغائها أثراً

رجعياً ، وانما يلغيها من تاريخ إعلان انتهاء العمل بها . والقـول بـغير ذلك يؤدي إلى الاخلال بالحقوق المكتسبـة التي اكتسبـت في ظل النص الملغي ويهدد استقرار المعاملات(١١١).

هذا وقد ذهب بعض الفقهاء إلى ضرورة توضيح التعبير القـانوني "ملغي من الاصل" الوارد في نص المادة (٨٦) من القـانون الأساسـي وذلك بموجب تفسير دستوري صادر من قبل المحكمة العليا بحسب المادتين (٨٣ و ١٢١) من الدستور(١١٢). لخطورة هذه النقـطة المهمة في تحـديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية.

الا انه لم يصدر تفسير دسـتوري حـول توضيح هذا التعبـير من المحكمة العليا ، لا بل ان المحكمة العليا في حكمها الوحيد بـعدم الدسـتورية الذي صدر في ١١ أيلول ١٩٣٩ بصدد قانون منع الدعايات المضرة – سبق الإشارة اليه – (١١٣) قـد اعادت تكرار ما ورد في المادة (٨٦) من تعبـير (ملغى من الأصل) ، من دون أي توضيح لتحديد التاريخ الذي يبـدأ منه هذا الالغاء وهل يكون باثر رجعي من تاريخ صدور القانون الذي قضي بإلغائه ، ام بأثر فوري اعتباراً من صدور الحكم بعدم دستوريته ، حيث قـالت : "... ترى أكثرية المحكمة بان المادتين المذكورتين مخالفتين للدستور. وبـالنظر الى المادة (٨٦) فقد أصبحتا ملغيتين من الاصل".

ولعل هذا الالتباس والغموض في نص المادة (٨٦) هو الذي حـمل المشرع على تعديل تلك المادة بموجب قانون التعديل الثاني للقانون الأساسي العراقي رقم ٦٩ لسنة ١٩٤٣ ، وأصبحت الفقرة الأولى منها تنص "كل قرار يصدر من المحكمة العليا ينص على مخالفة احد القوانين او بـعض أحـكامه لاحكام هذا القانون يجب أن يصدر بأكثرية ثلثي اراء المحـكمة . واذا صدر قرار من هذا القبيل يكون ذلك القانون او القسـم المخالف منه ملغي من تاريخ صدور قرار المحكمة على ان تقوم الحـكومة بتشـريع يكفل إزالة الاضرار المتولدة من تطبيق الأحكام الملغاة ". وبذلك يكون المشرع قد أزال الغموض

في نص المادة (٨٦) وجعل النص واضح الدلالة على اعتبار الإلغاء من تاريخ صدور حكم المحكمة العليا بعدم دستورية القانون المخالف للدستور ، وبالتالي فان هذا الحكم لا يعود باثاره إلى الماضي فلا يسري بأثر رجعي ، وانما يسري بأثر فوري ومباشر ، على أن تقوم الحكومة باصدار تشريع يكفل إزالة الاضرار المتولدة عن تطبيق القانون الملغي – ، وبذلك يكون التعديل قد تلافى النقص الذي أشار اليه(١١٤) Hoper، وبما يضمن عودة الأوضاع والمراكز القانونية التي تغيرت بسببه إلى ما كانت عليه قبل تطبيق هذا القانون ، او على الاقل التعويض عن الاضرار التي لحقت بالافراد من جراء تطبيق هذا القانون . ولقد انتقد بعض الفقهاء نص المادة (٨٦) بعد تعديلها والحكم المقرر بموجبها ، لان مآل هذا النص ان قرار الإلغاء ليس له أثر رجعي وبالنتيجة ان الأحكام الملغاة – على الرغم من مخالفتها للدستور وبطلان ما يترتب عليها – لها اثار قانونية تبقى قائمة حتى بعد صدور الحكم ببطلانه ، وهذا حكم غريب لا يتسق وأسس التشريع ويتنافر مع المبادئ القانونية المقررة .(١١٥)

فمنطق الإلغاء بموجب القواعد العامة يقضي ان يكون إلغاء القانون المخالف للدستور بأثر رجعي، أي يمتد إلى تاريخ صدور القانون المخالف للدستور ، وليس من تاريخ حكم المحكمة بعدم دستوريته.

ونحن نتفق مع الاتجاه الاخير من الفقه في انتقاده لما ورد في نص المادة (٨٦) والحكم المقرر بموجبه ، إذ أن إلغاء القانون المخالف للدستور يجب أن يكون بأثر رجعي ، وهو ما يتفق مع طبيعة الأحكام القضائية وكونها كاشفة وليست منشئة ، فالمحكمة العليا حين تقضي بعدم دستورية قانون ، فهي لا تستحدث جديداً ، بل انها لا تفعل اكثر من مجرد التقرير أو الكشف عن العيب الدستوري الذي لحق القانون منذ ولادته ، وبالتالي لا بد أن يكون حكم الإلغاء بأثر رجعي يمتد الى تاريخ صدور القانون الذي ولد باطلاً لمخالفته للدستور ، وما يترتب على الباطل فهو باطل.

اما الخروج على المبادئ العامة والقول بضرورة تطبيق الأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية بحجة الحفاظ على الحقوق المكتسبة واستقرار الأوضاع ، فنقول انه كان يمكن للمشرع تفادي هذه الاشكالات التي قد يخلقها التطبيق العملي لسريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي ، من خلال ايراده نصاً يقضي باستثناء الحقوق والمراكز القانونية التي تكون قد استقرت بأحكام حازت قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم ، من حكم الإلغاء بأثر رجعي.

ثانياً : النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا – وفقاً لدستور ١٩٦٨ المؤقت – .

تنص المادة (١/٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ١٨٩ لسنة ١٩٦٩ على ان "تتخذ المحكمة الدستورية العليا القرار اللازم حول الموضوع المعروض عليها واذا قررت بمخالفة القانون أو بعض مواده لأحكام الدستور أو مخالفة النظام أو المرسوم لسندهما القانوني اصبح القانون او الجزء المخالف منه وكذلك النظام او المرسوم ملغى اعتباراً من تاريخ صدور القرار ".

يتضح من النص اعلاه انه يترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قانون او جزء منه ، إلغاء ذلك القانون او الجزء المخالف منه اعتباراً من تاريخ صدور الحكم بعدم الدستورية ، وهذا يؤدي إلى انعدام هذا القانون بالنسبة للمستقبل فقط (١١٦)، أي يكون الحكم بعدم الدستورية ذا أثر فوري ومباشر وليس ذا أثر رجعي ، وبالتالي تكون جميع التصرفات والأحكام التي صدرت استناداً إلى هذا القانون الملغي في المدة السابقة على صدور حكم المحكمة بعدم دستوريته شرعية وصحيحة في آثارها كافة ، وعليه نورد ملاحظتين بخصوص هذه المادة :-

١- ان هذه المادة وان أقرت ذات الحكم الذي أقرته نص المادة (١/٨٦) من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ في ترتيب حكم الإلغاء

على القانون المخالف للدستور اعتباراً من تاريخ صدور الحكم بعدم دستوريته ، الا انها لم تلزم الحكومة بإصدار تشريع يضمن تعويض الافراد الذين تضرروا نتيجة تطبيق القانون المخالف للدستور ، كما فعلت المادة (١/٨٦) من القانون الأساسي . بالرغم من ان النص على ذلك فيه تحقيق للعدالة وضمان لحقوق الافراد ، وهذا يسجل تراجعاً من جانب المشرع العراقي في حمايته لحقوق الافراد ومجافاة منه للعدالة.

٢- كما نرى ان نص المادة (١/٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا مخالف للمبادئ الدستورية العامة ، التي تقضي بان حكم المحكمة بعدم دستورية قانون هو حكم كاشف للمخالفة الدستورية وليس منشئ لها ، فالقانون يحمل أسباب بطلانه من يوم صدوره ، لذلك كان على المشرع أن يرتب حكم الالغاء باثر رجعي اعتباراً من تاريخ صدور القانون الذي حكم بعدم دستوريته ، على ان يستثنى من هذا الأثر الحقوق والمراكز المكتسبة بحكم حاز قوة الامر المقضي او بانقضاء مدة التقادم.

<u>ثالثاً : النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا – وفقاً لقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ –.</u>

نصت المادة (٤٤/ج) من قانون إدارة الدولة على أن " إذا قررت المحكمة العليا الاتحادية ان قانوناً أو نظاماً أو تعليمات او اجراء جرى الطعن به أنه غير متفق مع هذا القانون يعد ملغياً ".

ويتضح من النص اعلاه ان المشرع الدستوري وان رتب حكم الإلغاء على التشريع (قانون أو نظام أو تعليمات) المخالف للدستور الا انه لم يحدد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية وهل يكون الإلغاء بأثر رجعي ام فوري ومباشر.

كما ان قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ جاء

خاليا ايضاً من تحديد الأثر المترتب على حكم المحكمة بعدم دستورية نص تشريعي ونعتقد انه في مثل هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي بان حكم المحكمة بعدم الدستورية هو حكم كاشف للمخالفة الدستورية وليس منشئاً لها، وعليه لا بد ان يسري حكم الإلغاء بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدور القانون المحكوم بعدم دستوريته . وفي الوقت نفسه يجب مراعاة الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة وذلك من خلال استثنائها من هذا الأثر الرجعي على وفق ضوابط معينة وهي ان تكون تلك الحقوق والمراكز قد استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي او بانقضاء مدة التقادم عليها، على ان يتم النص على هذه الحدود والضوابط للأثر الرجعي بنص قانوني ولا يتركها لتقدير المحكمة.

ومن خلال تقرير هذا المبدأ العام – رجعية الحكم بعدم دستورية قانون – والاستثناءات الواردة عليه تكون الموازنة ما بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع ، قد تحققت .

رابعاً : النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا –وفقاً لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥–.

بعد ان بينت المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا والتي من بينها اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة ، جاءت المادة (٩٤) من الدستور نفسه لتبين ان قرارات هذه المحكمة باتة وملزمة للسلطات كافة ، الا انها لم ترتب حكم الإلغاء على القوانين والأنظمة المخالفة للدستور كما فعلت المادة (٤٤/ج) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.

ومع ذلك فان حكم الإلغاء للقوانين والأنظمة المخالفة للدستور ، ثابت بحكم المادة (٤/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ – الذي بقي ساري المفعول في ظل دستور جمهورية العراق لسنة

٢٠٠٥ – (١١٧).إذ تنص هذه المادة : "تتولى المحكمة الاتحادية العليا المهام التالية:– ... ثانياً: الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية،...".

والحقيقة ان هذه المادة وان رتبت حكم الإلغاء على القوانين والأنظمة المخالفة للدستور الا انها لم تحدد النطاق الزمني لتنفيذ حكم المحكمة الاتحادية العليا ، وهل يكون بأثر رجعي ام يكون بأثر فوري مباشر . ونعتقد أن تطبيق القواعد العامة في مثل هذه الحالة يقضي أن يكون حكم الإلغاء كاشفاً وليس منشئاً ، وعليه لا بد ان يسري حكم الإلغاء بأثر رجعي يرتد الى تاريخ صدور القانون أو النظام المحكوم بعدم دستوريته ، مع مراعاة المراكز القانونية والحقوق المستقرة عند صدور الحكم بعدم الدستورية.

هوامش الفصل الثالث

١- انظر د. محمد جمال عثمان جبريل ، أثر الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص١٩، د. يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، ص٢١٧ ، د. محمد عبد الواحد الجميلي، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص ص٤٦ – ٤٧

٢- قضية Shephard v. Wheeling, 30 W.V.A. 479
نقلاً عن د. احمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مرجع سابق ، ص ٢٢١ ، د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مرجع سابق ، ص ٢٣٤.

٣- قضية United States v. Butler 297 U.S. 1 (1956)
نقلا عن د. احمد كمال ابو المجد ، التاريخ الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية ، مرجع سابق ، ص١٧ ، د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ، مرجع سابق ، ص٢٦٥

٤- انظر د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص١٤٦ ، د. صبري محمد السنوسي محمد ، آثار الحكم بعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص١٥ ، د. عبد الحميد متولي ، و د. سعد عصفور ، و د. محسن خليل ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، القسم الثاني ، مرجع سابق ، ص ٥٤

٥-انظر د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مرجع سابق ، ص٢٣٨ ، د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص٢٨٠

٦- انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية Allen v. Louisiana, 103 U.S.80 (1880) وفيه تقول المحكمة:
"..if the parts are wholly independent of each others

that which is constitutional may stand while that which is unconstitutional will be neglected."

وفي نفس المعنى انظر أحكام المحكمة الاتحادية العليا التالية:

Packet Co. v. Keokuk , 59 U.S. 80 (1877).
Penniman case , 103 U.S. 715 (1880).
Poindexter v. Green how , 114 U.S. 270 (1885)
Presser v. Illinois,116 U.S. 252 (1880) Berea College v. Kentucky , 211 U.S. 45 (1908)
Brezee v. Michigan , 241 U.S. 340 (1916)
Hill v. Wallce , 259 U.S. 44 (1922)

نقلاً عن د. أحمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مرجع سابق ، ص٢٢٥ هامش (١).

٧- حكم المحكمة العليا في قضية

Dorchy v. Kansas 264 U.S. 288 (1924)

نقلاً عن د. أحمد كمال أبو المجد ، المرجع السابق نفسه ، ص ٢٢٦

٨- انظر د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص٦٠٢

٩- انظر د. عزيز الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مرجع سابق ، ص ص ٢٤٠-٢٤١ ، د. شعبان أحمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ص٦٠٦ – ٦٠٧ ، وينظر

Cushman (Robert E.); Cases in Constitutional Law, Ibid., P. 52

١٠- كتب القاضي هيوز رأياً مستقلاً يقرر فيه أنه مع موافقته على النتيجة التي انتهت اليها المحكمة بشأن النصوص "العمالية" إلا أنه لا يقرها مطلقاً على مسلكها في معاملة الأجزاء الباقية من التشريع ، كما أنه يرى في النص التشريعي الصريح على استقلال أجزاء القانون ما

يجب أن يمنع المحكمة من كل محاولة لخرى للكشف عن نية واضعي القانون. على أن هيوز مع تسليمه بالقيمة المطلقة للنص على التجزئة في الكشـــف عن نية المشـــرع ، فإنه لا يرى مع ذلك أن هذه النية هي العنصر الذي يجب ان تعول عليه المحكمة في تقديرها لقيام الارتبـــاط بين أجزاء القانون ، إذ يجب أن تصان النصوص القانونية عن مثل هذه المعايير المطاطة التي تعتمد مجرد التخمين والرجم بـــالظنون . وانما الواجب ان تفحص المحكمة نصوص القانون فحصاً موضوعياً لترى ان كانت – بطبيعتها – تحتمل الفصل بين اجزائها او لا تحتمله.

نقلاً عن د. أحمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القـــوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقـــليم المصري ، مرجع سابـــق ، ص ص٢٢٨–٢٢٩

١١– حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

Waston v. Buch,313 U.S. 387 (1941)

نقلاً عن المرجع السابق نفسه ، ص٢٢٩

١٢– ويقصد الحكم بهذه العبارة الاخيرة ان يؤكد القاعدة المقررة من ان المحاكم الاتحادية تلتزم بالتفسير الذي تعطيه المحكمة العليا في الولاية لقوانين تلك الولاية . نقلاً عن د. عزيزه الشريف ، دراسة في الرقابـــة على دستورية التشريع، مرجع سابق ، ص ٢٤٢ ، د. ابراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقـــه والقـــضاء ، مرجع سابق ، ص ٢٨١–٢٨٥.

١٣–انظر

Abraham (Henry) ; The Judicial process, 3ed Ed., Oxford University Press , 1975, P 374.

١٤– انظر د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقـــانون الدســـتوري ، مرجع سابق ، ص٦١٣.

١٥– انظر د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، مرجع سابق ، ص ص ١٩٢–١٩٣

١٦– انظر د. طعيمة الجرف، القـــضاء الدســـتوري، مرجع سابـــق، ص ٢٧١

١٧- انظر د. محمد حسنين عبد العال ، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ١٦١

١٨- القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية"، جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء الرابع، ص٢٥٦ وما بعدها ، راجع ما ورد في هذا الحكم

١٩- انظر د. محمد حسنين عبد العال ، القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص ص ١٦٢-١٦٣

٢٠- انظر د. عزيزة الشريف ، القضاء الدستوري المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠، ص١١٧ نقلاً عن د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط و اثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق، ص ٦١

٢١- انظر د. محسن خليل ، النظم السياسية و القانون الدستوري، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة، سنة النشر (بدون)، ص٤٧٧.

٢٢- انظر د. نبيلة عبد الحليم كامل ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين – القضاء الدستوري – ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص٢٤٠

٢٣-انظر د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية ، مرجع سابق ، ص ٤٧٠

٢٤- انظر د. يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، مرجع سابق ، ص٢١٧، وبنفس المعنى انظر د. محمد جمال عثمان جبريل، أثر الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص ٢١

٢٥-انظر د. إبراهيم محمد حسنين ، اثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية ، مرجع سابق ، ص٢١٩

٢٦- القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ ق "دستورية" ، جلسة ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الثامن ، ص١٩٥ وما بعدها وبنفس المعنى القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ ق "دستورية" ، جلسة ٨ ابريل ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء السادس ،ص٥٩٧ وما بعدها،

القضية رقم ١٠ لسنة ٨ ق "دستورية" ، جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩١ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الخامس – المجلد الأول – ، ص١٥ وما بعدها.
٢٧- القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق "دستورية" ، جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الرابع ، ص٢٥٦ وما بعدها
٢٨- القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق "دستورية" ، جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء السابع ، ص٤٥ وما بعدها.
٢٩- القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ ق "دستورية" ، جلسة ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الثامن ، ص١٩٥ وما بعدها.
٣٠- القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق "دستورية " ، جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ ، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء الرابع ، ص٢٥٦ وما بعدها ، وبنفس المعنى القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ ق "دستورية" ، جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥ مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء السادس ،ص ٥٩٧ وما بعدها.
٣١- دائرة المنوفية" الدعوى رقم ١٠٤٤٧ لسنة ١ قضائية ، نقلاً عن د. محمد عبد الواحد الجميلي ، اثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص ٥٠ هامش رقم (٢).
٣٢- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ ق "دستورية" ، جلسة ٣ يونيو ٢٠٠٠ ، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء التاسع ، ص٥٨٢ وما بعدها ، حيث عدت المحكمة هذا القانون من القوانين المكملة للدستور ومن ثم كان يتعين عرضه على مجلس شورى الدولة لاخذ رأيه فيه عملاً بنص المادة ١٩٥ من الدستور.
٣٣- انظر د. محمد عبد الواحد الجميلي ، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق ، ص ص ٥٠-٥١
٣٤- انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، قضاء الدستورية في مصر ، مرجع سابق ، ص ص٣٧٤- ٣٧٥ ، د. صبري محمد السنوسي محمد ، آثار الحكم بعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص ٦٨
٣٥- القضية رقم ٤٣ لسنة ١٧ ق "دستورية" ، جلسة ٢ يناير ١٩٩٩ ، أحكام م.د.ع ، الجزء التاسع ، ص١٤٧ وما بعدها ، وفي المعنى نفسه ينظر القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ ق "دستورية" ، جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء السادس ، ص٤٩٤ وما بعدها

٣٦- القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ ق "دستورية" ، جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الثامن ، ص٧٤٩ وما بعدها ، وانظر بنفس المعنى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ ق "دستورية" ، جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الخامس – المجلد الثاني – ، ص١١٤ وما بعدها ، القضية رقم ٦ لسنة ١٥ ق "دستورية" جلسة ١٥ ابريل ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء السادس ، ص٦٣٧ وما بعدها

٣٧- القضية رقم ٣ لسنة ١٠ ق "دستورية" ، جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الخامس ، المجلد الثاني، ص١١٤ وما بعدها.

٣٨- القانون الأساسي مع تعديلاته ، مرجع سابق ، ص١٠٦ – ١٠٧.

٣٩- هذا القانون يبقى – بشكل مؤقت – ساري المفعول لحين صدور قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا تنفيذاً لنص الفقرة – ثانيا – من المادة (٩٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، والتي نصت على أن "تتكون المحكمة الاتحادية العليا ، من عدد من القضاة ، وخبراء في الفقه الإسلامي ، وفقهاء القانون ، يحدد عددهم ، وتنظم طريقة اختيارهم ، وعمل المحكمة ، بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب."

٤٠- ان مسألة تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم دستورية قانون لا تثار في الدول التي اعتنقت أسلوب الرقابة السياسية على دستورية القوانين ، كما لا تثار في الدول التي اعتنقت أسلوب الرقابة القضائية السابقة على صدور القانون . ويرجع ذلك إلى انه في الحالة الأولى ، فان الرقابة السياسية عادة ما تكون رقابة سابقة على صدور القانون ، وبالتالي تحول دون صدور القانون المخالف للدستور قبل تطبيقه على الأفراد ، فإذا صدر القانون من دون المنازعة في مدى دستوريته أو بعد ثبوت دستوريته ، فإن ذلك يحول دون إثارة مسألة مدى دستوريته بعد ذلك ، حتى ولو كان مخالفاً للدستور. اما في الحالة الثانية ، فان الرقابة القضائية السابقة على صدور القانون تحول كذلك من دون صدور أي قانون مخالف للدستور قبل تطبيقه على الافراد ، حيث تنتهي هذه الرقابة إما إلى دستورية القانون وبالتالي عدم جواز إثارة

النزاع مرة اخرى حول مدى دستورية هذا القانون بعد إصداره وتطبيقه على الأفراد ، و إما إلى عدم دستورية هذا القانون لثبوت مخالفته للدستور ، وبالتالي عدم إصداره.
انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر ، مرجع سابق ، ص١٥ ، د. صبري محمد السنوسي محمد ، اثار الحكم بعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص٩٢.
٤١- انظر د. محمد عبد الواحد الجميلي ، اثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص٥٣ ، د. عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ٢٨٣ وجدير بالذكر ان الحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية ، وهو ما يعني اقرار دستورية النص المطعون فيه ، لا يثير أية مشكلة بصدد تحديد النطاق الزمني لتنفيذه ، ذلك لانه في هذه الحالة تبقى الاوضاع مستقرة كما هي ، ويستمر تطبيق النص على العلاقات الجديدة في المستقبل ، وتطبقه المحاكم فيما يعرض عليها من منازعات ، ويظل النص موجودا ونافذا إلى أن يلغى بالطرق المقررة قانونا.
انظر د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية ، مرجع سابق ، ص٣٥٥ ، د. إبراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص٤٤٦
٤٢- انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر ، مرجع سابق، ص٩، د. صبري محمد السنوسي محمد ، اثار الحكم بعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص ٩٢- ٩٣
٤٣- انظر د. عبد العزيز محمد سالمان ، نظم الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص٩٥ ، د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية ، مرجع سابق ، ص٤٢٦
٤٤-انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر ، مرجع سابق، ص ص٩-١٠
٤٥- انظر د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، مرجع

سابق ، ص٤٢٦ ، د. عبد العزيز محمد سالمان ، نظم الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص٩٧.

٤٦- انظر د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مرجع سابق ، ص٣٣٢.

٤٧- راجع في تفصيل ذلك : د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر ، مرجع سابق ، ص١٧ وما بعدها ، د. صبري محمد السنوسي محمد ، اثار الحكم بعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص٩٤ وما بعدها

٤٨- ينظر د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مرجع سابق ، ص٣٣٦.

49–J-C. Beguin, Le Controle de la costitutionnalite de lois en Republique Federale d' Allemagne , Economica , Paris ,1982 , P.219 et.suiv.

نقلاً عن د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص ٤٣٠ ، د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، الحكم بعدم الدستورية بين الاثر الرجعي والاثر المباشر ، مرجع سابق، ص٣٣

٥٠- د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، مرجع سابق ، ص ٤٢٥ - ٤٢٦

٥١- انظر د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مرجع سابق ، ص٣٣٧.

٥٢- انظر د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، مرجع سابق ، ص ص٤٢٦- ٤٢٧

٥٣-انظر د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مرجع سابق ، ص٣٤٢.

٥٤-انظر المرجع السابق نفسه ، ص٣٤٢.

٥٥- انظر د. عبد العزيز محمد سالمان ، نظم الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص٩٨

٥٦- انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، قضاء الدستورية في

مصر ، مرجع سابق ، ص ص٤١٧ -٤١٨.
٥٧- د. إبراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القـــوانين في الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص ٤٥٠-٤٥١.
٥٨- انظر د. صبري محمد السنوســي محـــمد ، اثار الحــكم بـــعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص١١٥
٥٩- أحكام المحكمة الدستورية الايطالية رقم ١٥٥ لســـنة ١٩٧٣ ، و رقم ٢٢ لسنة ١٩٧٥ مشار أليهما في:
Genvevois; Cour Constitutionnelle Italienne, Annuaire, 1987 , P.190
نقلاً عن د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات مرجع سابق ، ص ٣٤٤ هامش(٢).
٦٠- أحكام المحكمة الدستورية الايطالية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ ، و ٨٥ لسنة ١٩٧٦، و ١٢٢ لسنة ١٩٧٧ ، و ٩١ لسنة ١٩٧٩ ، و ١٤٨ لسنة ١٩٧٣ مشار اليها في
Genvevois , Op. Cit., 191
نقلاً عن د. احمد فتحي سرور ، المرجع السابـــق نفســـه ، ص٣٤٤ هامش(٣).
٦١-انظر د. يسري العصار ، الحماية الدســـتورية للأمن القـــانوني ، مرجع سابق ، ص٥١
٦٢- المرجع السابق نفسه ، ص ص٥٢-٥٣.
٦٣- انظر د. محمد عبـــد الواحـــد الجميلي ، اثار الحـــكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص٧٦.
٦٤- القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" ، جلسة ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الثامن ، ص١٩٥ و ما بعدها.
٦٥- انظر القضية رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "دســـتورية" ، جلســـة ٨ يوليو ٢٠٠٠ ، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء التاســـع ، ص٦٦٧ و ما بعدها وبالمعنى نفسه انظر القضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" ، جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ ، مجموعة أحـــكام م.د.ع ، الجزء السابـــع ، ص ٤٧٠ وما بعدها ، والقضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دســـتورية" ،

جلســة ١٩ مايو ١٩٩٠ ، مجموعة أحــكام م.د.ع ، الجزء الرابــع ، ص٢٥٦ وما بعدها.

٦٦- انظر د. احمد فتحي ســرور ، الحــماية الدســتورية للحقــوق والحريات ، مرجع سابق ، ص٣٤٧

٦٧- راجع ص ص ٤٩ - ٥٠ من الكتاب

٦٨- ينظر د. إبراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص٢٧٦-٢٧٧ ، د.عبــد العزيز محمد سالمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص ص٩٥-٩٦.

69 -Norton v. Shelby Country, 118 U.S.425(1886)
نقلاً عن د. احمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القــوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مرجع سابق ، ص٢٢٣

70–Schechter Poultry corp v. U.S., 495 , 1955 S.ct
نقلاً عن د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع مرجع سابق ، ص٢٣٦ هامش (٢)

٧١- انظر د. محمد فرج محمد الفقي ، رقابة دستورية القوانين في ليبيا مرجع سابق ، ص١٩٣ ، د. إبراهيم حسنين ، الرقابة القــضائية على دستور القوانين في الفقه والقضاء ، مرجع سابق ص٢٧٨.

72–Chicot Country Drainage District v. Baxter State Bank, 308 , U.S. 371 (1940)
نقلاً عن د. احمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القــوانين في الولايات المتحــدة الامريكية والاقــليم المصري ، مرجع سابـــق ، ص٢٢٤

73–Cushman (Robert E.) ; Cases in Constitutional Law , 1est. Ed, Appleton Press, U.S.A. ,1958,PP.50–51)

٧٤- انظر د. شعبان أحــمد رمضان ، ضوابــط واثار الرقابــة على دستورية القوانين ، مرجع سابــق ، ص٦٢٤ ، د. عزيزة الشــريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مرجع سابق ، ص٢٣٧.

٧٥- انظر د. جابــر جاد نصار ، الاداء التشــريعي لمجلس الشــعب

والرقابة على دستورية القوانين في مصر، مرجع سابق، ص١٤٨، د. محمد عبد الواحد الجميلي، اثار الحكم الصارد من المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص ص ٦٠-٦١

٧٦- ملحق مضبطة مجلس الشعب – الجلسة الثانية في ١٩٨٩/٧/١٨ ص٨٨٩ وما بعدها ، نقلاً عن د. عبدالله ناصف ، حجية و اثار المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل ، مرجع سابق ، ص ٣٤.

٧٧- انظر د. طعيمة الجرف ، القضاء الدستوري، مرجع سابق،ص٢٨٤ ،د. جابر جاد نصار الاداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر ،مرجع سابق،ص ص١٤٨-١٤٩.

٧٨- من انصار هذا الاتجاه : د. محمد حسنين عبد العال ، القانون الدستوري ، المرجع السابق ، ص١٦٢، د. سليمان محمد الطماوي ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص٣٩٣

٧٩- تم أيراد هذه الحجج بالتفصيل في : د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر ، مرجع سابق ، ص ص٤٠-٤٢ ، د. صبري محمد السنوسي محمد ، اثار الحكم بعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص ص١٢٢-١٢٣ ، د. محمد عبد الواحد الجميلي ، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ،ص ص٦٦-٦٨.

٨٠- من انصار هذا الاتجاه : د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر ، مرجع سابق ، ص٢١٨، د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص٦١٣، د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص٤٤٧، د. طعيمة الجرف ، القضاء الدستوري ، مرجع سابق ، ص٢٩٢، د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية ، مرجع سابق ، ص ص٤٧١- ٤٧٢ ، د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص٣٨٣، د. نبيلة عبد الحليم كامل الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مرجع سابق ، ص ٢٤١، د.

احمد جاد منصور ، الحماية القضائية لحقوق الانسان، مرجع سابق ، ص٣٢٧

٨١- تم ايراد هذه الحجج بالتفصيل في : د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ص ٦٣٠-٦٣١، د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، قضاء الدستورية في مصر، مرجع سابق ، ص ص ٤٤-٤٦، د. ماهر البحيري، الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وفلسفة التشريع في الحد من مداه ، مجلة الدستورية ، العدد الثاني ، السنة الاولى ، أبريل ٢٠٠٣ ،ص٤٩.

٨١- ينظر د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق ، ص٦٣٢

٨٣- انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر ، مرجع سابق ، ص ص ٤٩-٥٠

٨٤-انظر د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص٣٨٧، د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية ، مرجع سابق ، ص٤٧٤.

٨٥- انظر د. عبد الحميد حسن محمد ، حماية الحقوق والحريات في أحكام المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ص ٤١٥ ، د. طعيمة الجرف ، القضاء الدستوري ، مرجع سابق ، ص٢٩٤

٨٦- انظر د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ص٦٣٥- ٦٣٦ ،د. رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص ص٢٠٥- ٢٠٧

٨٧- القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" ، جلسة ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الثامن ، ص ١٩٥ وما بعدها، وبنفس المعنى انظر القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الرابع ، ص٢٥٦ وما بعدها ، والقضية رقم ٤٨ لسنة ٣ قضائية "دستورية" ، جلسة ١١ يونيو ١٩٨٣ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الثاني ، ص١٤٨ وما بعدها

٨٨- انظر د. محمد عبـد الواحـد الجميلي ، اثار الحـكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ص ص٧٤- ٧٥
قوة الأمر المقضي هي مرتبة يصل اليها الحكم اذا اصبـح أثره الملزم نهائياً غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية حتى ولو كان قابـلاً للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية.
٨٩- راجع ص٩٨ من الكتاب.
٩٠- انظر د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، مرجع سابق ، ص ٤٣١
٩١- الجريدة الرسمية ، العدد ٢٨ (مكرر) بتاريخ ١١ يوليو ١٩٩٨ ، ص٢ نقلا عن د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستـورية ، مرجع سابق ، ص٤٢٥ هامش (١) ، د. صبري محمد السنوسي محمد آثار الحكم بعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص١٣٢ هامش(١).
٩٢- راجع المذكرة الإيضاحية للتعديل ، منشورة بالجريدة الرسمية ، العدد ٢٨ (مكرر) ب بتاريخ ١٢ يوليو ١٩٩٨ص ٣- ٨ نقـلا عن د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، قضاء الدستورية ، مرجع سابـق ، ص ٤٢٩ هامش (١)
هذا وقد أوردت المذكرة الإيضاحية السند الدستوري لقـرار بقـانون الصادر من رئيس الجمهورية ، الا وهو المادة ١٤٧ من الدسـتور المصري النافذ لسنة ١٩٧١ ، وعن مدى توافر الشروط اللازمة للجوء إلى هذه المادة ، وبالتالي مدى دستورية هذا القرار بقانون الصادر في غيبة مجلس الشعب .
راجع : د. رفعت عيد سـيد ، الوجيز في الدعوى الدسـتورية ، مرجع سابق ، ص ٤٣٢ وما بعدها ، د. محمد عبـد الواحـد الجميلي ، اثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابـق ، ص ٩٦ وما بعدها ، د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، الحكم بعدم الدسـتورية بين الأثر الرجعي و الأثر الفوري ، مرجع سابق ، ص ٧٤ وما بعدها
٩٣- من انصار هذا الانتجاه : د. محـمد جمال عثمان جبـريل ، أثر الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص٤١
د. جورجي شفيق ساري ، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري

دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٢٤ ، د. عبد الحفيظ الشيمي ، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي ، مرجع سابق ، ص١١٧

٩٤- راجع في ايراد هذه الحجج : د. عبد الله ناصف ، حجية وآثار احكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، مرجع سابق ص ص ١١١-١١٢ ، د. محمد عبد الواحد الجميلي ، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق، ص٨٨

٩٥- من انصار هذا الاتجاه : د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ؛ ص ٦٨٢، د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، الحكم بعدم الدستورية بين الاثر الفوري والاثر المباشر ، مرجع سابق ، ص١٠٥.

٩٦- انظر د. ماهر البحيري ، الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وفلسفة التشريع في الحد من مداه ، مرجع سابق ، ص ٥١

٩٧- انظر د. محمد عبد الواحد الجميلي ، اثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص٨٩.

٩٨- انظر المرجع السابق نفسه ، ص٩٠ ، وعكس هذا الراي د. عبدالله ناصف ، حيث يرى أن إعمال المحكمة لهذه السلطة يجب ان يتم في نطاق الاثر الرجعي بمعنى اخر ان التاريخ الاخر يجب ان يكون رجعياً ، د. عبدالله ناصف ، حجية واثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل ، مرجع سابق ، ص١١٨

٩٩- انظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، قضاء الدستورية مرجع سابق ، ص٤٥٤

١٠٠- القضية رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" ، جلسة ٨ يوليو ٢٠٠٠ ، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء التاسع ، ص٦٧٧ وما بعدها

١٠١- القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية "طلبات أعضاء" ، ٥ فبراير ٢٠٠٠، مجموعة أحكام م.د.ع، الجزء التاسع ، ص١٣٤٨ وما بعدها

١٠٢- انظر د. محمد عبد الواحد الجميلي ، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص٩٣، د. جورجي شفيق

ساري ، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص ص ٢١٤-٢١٥

١٠٣- انظر د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، مرجع سابق ، ص٣٤٩ ، د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر الفوري ، مرجع سابق ، ص٨٥

١٠٤- انظر د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين مرجع سابق ، ص ٢٠٠ ، د. محمد عبد الواحد الجميلي ، اثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص٩٥

١٠٥- انظر د. عبد الحفيظ الشبمي ، القضاء الدستوري وحماية الحقوق والحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي ، مرجع سابق ، ص١٢٤.

١٠٦- انظر د. عبدالله ناصف ، حجية واثار أحكام المخكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل ، مرجع سابق ، ص ص١٢٥-١٢٦

١٠٧- انظر د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ص ٦٨٥ - ٦٨٦

١٠٨- انظر روبين بطاط ، المحكمة العليا او محكمة الضمانات الدستورية ، مجلة القضاء ، العدد ٣ ، بغداد ، آب ١٩٣٤ ، ص١٦.

١٠٩- انظر

Hoper (C.A.) , The Constitutional law of Iraq , Baghdad , 1928 , P.144

١١٠- انظر طه الراوي ، اجتماع المحكمة العليا وكيفية معالجة القوانين المخالفة للقانون الأساسي (تتمة) ، مجلة القضاء ، العدد ٣ ، بغداد ، آب ١٩٣٤ ، ص ١٤

١١١- أنظر حسن محمد ابو السعود ، مذكرات في أصول القانون ، مرجع سابق ،ص ٣٨٨

١١٢- انظر روبين بطاط ، المحكمة العليا او محكمة الضمانات

الدستورية ، مرجع سابق ، ص١٧

١١٣- راجع من الكتاب

١١٤- انظر د. عبد المجيد عباس ، أصول القانون ، مرجع سابق،ص٢٧٢

١١٥- انظر د. عبد الرزاق احمد الحمود المحامي ، بحث دستورية القوانين في العراق ومقارنتها ببعض الأنظمة الدستورية المقارنة ، مجلة القضاء ، العدد الرابع ، السنة السادسة ، ١٩٥٨ ، ص٤١٩

١١٦- انظر د. نوري لطيف ، الرقابة على القوانين وحماية الشرعية الدستورية في الاقطار الاشتراكية والعراق ، مجلة القضاء ، العدد الثالث ، السنة الثامنة والعشرون ، تموز - آب - ايلول سنة ١٩٧٣ ، ص ٧١.

١١٧- هذا القانون يبقى –بشكل مؤقت –ساري المفعول لحين صدور قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا تنفيذاً لنص الفقرة ثانياً من المادة (٩٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، ونحن بدورنا نحث المشرع العراقي على الاسراع في إصدار قانون المحكمة الاتحادية العليا الجديد وان تأتي احكامه متوافقة مع دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

الفصل الرابع

تنفيذ الحكم
بعدم دستورية نص تشريعي في
مواجهة سلطات الدولة والكافة

الفصل الرابع

تنفيذ الحكم بعدم دستورية نص تشريعي في مواجهة سلطات الدولة والكافة

إن صدور حكم بـــعدم دســـتورية نص تشـــريعي مؤداه ان النص المطعون بعدم دستوريته هو نص غير دستوري أي يتعارض مع الدســـتور . ولمعالجة المشاكل التي قد تنجم عن تنفيذ هذا الحكم سوف نتناول كيفية تنفيذه بالنسبة للمراكز القانونية اللاحقة لصدوره وذلك في مبحـــث أول ، ثم نتطرق في مبحث ثانٍ إلى كيفية تنفيذ هذا الحكم بالنسبة للمراكز القانونية السابقة على صدوره، وذلك على الوجه الآتي :

<u>المبحث الأول : كيفية تنفيذ الحكم بـــعدم الدســـتورية بالنسبـــة للمراكز القانونية اللاحقة لصدوره .</u>

تتفق الأنظمة الدستورية المقارنة – التي تأخذ بالرقابـــة القـــضائية اللاحقة على دستورية القوانين – على ان أثر الحـــكم بـــعدم دســـتورية نص تشريعي يكون في مواجهة السلطات العامة في الدولة و الكافة من الأشـــخاص الطبيعية والاعتبارية. ولتفصيل ذلك سيخصص المطلب الأول لبـــيان كيفية تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للمراكز القانونية المستقبـــلية في مواجهة السلطات العامة. وفي المطلب الثاني نبين كيفية تنفيذ الحكم بعدم الدســـتورية بالنسبة للمراكز القانونية المستقبلية في مواجهة الكافة.

المطلب الأول : كيفية تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للمراكز القانونية المستقبلية في مواجهة السلطات العامة.

ان السلطات العامة في الدولة هي السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية و السلطة القضائية ، وسوف نبين الواجبات و المهام الملقاة على عاتق هذه السلطات العامة في الدولة لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية فيما يخص العلاقات و المراكز القانونية المستقبلية أي اللاحقة لصدور الحكم .

الفرع الأول : السلطة التشريعية.

السلطة التشريعية هي إحدى السلطات الثلاث في الدولة ، وعلى عاتقها تقع مسؤولية التشريع فهي التي تسن القوانين اللازمة لسير الحياة في الدولة ، وهي تمارس سلطتها في التشريع تحت مظلة الدستور وفي حمايته ، وهي تلتزم باحترام الدستور الذي أقامها ورسم مهمتها ، فإذا خرجت على حدودها في التشريع ، وخالفت الدستور إتسمت أعمالها بعدم الدستورية ، وإذا ما قضت المحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين ، بعدم دستورية هذا القانون او ذاك لمخالفته للدستور ، فالسؤال الذي يثار بهذا الصدد هو : ما واجب السلطة التشريعية إزاء تنفيذ هذا الحكم ؟

في مصر ، نصت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا على الكيفية التي يتم بها علم المؤسسات الحاكمة والأفراد و المحاكم الأخرى بالحكم الصادر في الدعاوى الدستورية حيث تطلبت ضرورة نشر هذه الأحكام في الجريدة الرسمية للدولة ، ولاشك أن نشر الحكم وأسبابه هو الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها افتراض علم الكافة وجميع السلطات العامة في الدولة ومنها السلطة التشريعية بمضمون الحكم على نحو يكفل استقرار المعاملات و الأحكام القضائية(١).

وان علم السلطة التشريعية بالحكم الصادر بعدم الدستورية يلقي عليها مهمة التدخل لإلغاء القانون المحكوم بعدم دستوريته من ناحية ، واصدار قانون جديد ينظم ذات المجال الذي كان ينظمه القانون الذي قضي

بعدم دستوريته ، من ناحية أخرى . فالحكم بعدم الدستورية يخلق – عادةً – فراغاً تشريعياً يجب على البرلمان ملأه . وإذا كان البرلمان ملزماً بان يخرج من حلبة القانون الوضعي للدولة القانون المحكوم بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية ، فانه غير ملزم بميعاد محدد يتعين عليه أن يصدر خلاله القانون الجديد . إذ يتعين منحه مدة معقولة حتى يتدبر أمره ويتخذ من الإجراءات ما يكفل عدم وقوعه في حومة عدم الدستورية مرة اخرى . إلا أنه يجب الا يتراخى البرلمان في إصدار هذا القانون الجديد(٢).

ان سكوت المشرع عن تنظيم المسألة بعد الحكم بعدم دستورية القانون المنظم لها يولد فراغاً تشريعياً ، وهذا يدفعنا الى استدعاء القواعد الخاصة بالرقابة على الامتناع – امتناع المشرع عن إصدار تشريع يكفل تطبيق أحكام الدستور – ، حيث تلجأ المحكمة الدستورية العليا تارة إلى دعوة المشرع لاستيفاء النقص التشريعي ، وتارة أخرى تلجأ إلى رقابة امتناع المشرع عن طريق غير مباشر . ففي حكمها الصادر في ٤ مايو ١٩٨٥ تقول: "**وحيث أن إعمال المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها – على ما تقدم بيانه – وان كان مؤداه إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لما يضعه من تشريعات بعد التاريخ الذي فرض فيه هذا الإلتزام بما يترتب عليه من اعتباره مخالفاً للدستور إذا لم يلتزم بذلك القيد – إلا أن قصر هذا الإلزام على تلك التشريعات لا يعني إعفاء المشرع من تبعة الإبقاء على التشريعات السابقة برغم ما قد يشوبها من تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، وانما يلقي على عاتقه من الناحية السياسية مسؤولية المبادرة إلى تنقية نصوص هذه التشريعات من أية مخالفة للمبادئ سالفة الذكر ، تحقيقاً للاتساق بينها وبين التشريعات اللاحقة في وجوب اتفاقها جميعاً مع هذه المبادئ، وعدم الخروج عليها**"(٣).

مفاد هذا الحكم أن هناك جزاء أو مسؤولية من طبيعة خاصة تتناسب مع امتناع المشرع عن اتخاذ القوانين اللازمة لجعل التشريعات في الدولة

تتفق مع مبادئ الشـــريعة الإســـلامية ، وهذا الجزاء يتمثل في المســـؤولية السياسية للمشرع مما يدفعه إلى المبادرة إلى تنقية وتنقيح النصوص القـــائمة حتى تتفق مع أحكام المادة الثانية من الدستور القاضية بان مبـــادئ الشـــريعة الإسلامية تعد المصدر الرئيسي للتشريع(٤).

وبجانب هذه الآلية ، نجد ان أغلب الأحكام التي تتعلق بالرقابة على امتناع المشرع تقر الرقابة غير المباشـــرة ، وذلك عن طريق رقابـــة النص المطعون فيه ، بحيث يصل القاضي من وراء حكمه بعدم الدستورية إلى لفت انتباه المشرع إلى ضرورة سد النقص التشـــريعي . ولعل أبـــرز مثال يمكن إيراده بهذا الصدد ، والذي يجسد سلطة القاضي الدستوري في مد رقابته على امتناع المشرع ، أن المادة (٨٨) من الدستور المصري النافذ لســـنة ١٩٧١ تقضي بان "يحدد القانون الشروط الواجب توافرها في أعضاء مجلس الشعب . ويبين أحكام الانتخاب والاستفتاء، على ان يتم الاقـــتراع تحـــت إشـــراف أعضاء من هيئة قضائية" ، ظلت هذه المادة لمدة طويلة من دون تطبـــيق ، إذ كان العمل يجري على أن يتولى القضاة رئاسة اللجان العامة من دون اللجان الفرعية ، بحجة عدم كفاية أعداد القضاة للإشـــراف على لجان الانتخابـــات الفرعية والعامة في الوقت نفسه .وإزاء هذا الوضع سيقت الفقـــرة الثانية من المادة (٢٤) من القانون رقم (٧٣) لســـنة ١٩٥٦ الخاص بـــتنظيم مباشـــرة الحقوق السياسية إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في مدى دســـتورية ما تضمنه من جواز تعيين رؤســـــاء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية(٥).

فأصدرت المحكمة الدســـتورية العليا حـــكمها في ٨ يوليو ٢٠٠٠، الذي قضت فيه : " **إن الأهداف التي رمى الدستور إلى بلوغها بما تطلبه في المادة ٨٨ من أن يتم الاقتراع تحـــت إشـــراف أعضاء من هيئة قـــضائية تتحصل بجلاء – ... – في أن تكون السيادة للشعب باعتباره وحـــده مصدر السلطات ، وهي بالتالي ضمان لحق الترشيح الذي يتكامل مع حق الانتخاب**

وبهما معاً تتحقق ديمقراطية النظام . وإذ يقوم النص الدستوري سالف الذكر على ضوابط محددة لا تنفلت بها متطلبات إنفاذه ومقتضيات إعماله ، فقد تعني على المشرع عند تنظيمه حق الانتخاب أن ينزل عليها والا يخرج عنها بما مؤداه ضرورة أن يكفل هذا التنظيم لأعضاء الهيئات القضائية الوسائل اللازمة والكافية لبسطهم إشرافاً حقيقياً وفعالاً على الاقتراع ، ولا محاجة في القول بتعذر رئاسة أعضاء الهيئات القضائية للجان الفرعية لعدم كفاية عددهم ، ذلك انه إذا ما تطلب الدستور أمراً فلا يجوز التذرع بالاعتبارات العملية لتعطيل حكمه بزعم استحالة تطبيقه ، سيما وانه لم يستلزم اجراء الانتخاب في يوم واحد ، والا غدا الدستور بتقريره هذه الضمانة عابثاً ، ولانحلت القيود التي يضعها سراباً . " وفي نهاية الحكم أعلنت المحكمة الدستورية العليا : **" انه وان استوجب النص الطعين عقد رئاسة اللجان العامة في جميع الاحوال لاعضاء من هيئة قضائية ، إلا انه يسمح برئاسة اللجان الفرعية التي يجري الاقتراع أمامها لغيرهم ، فاصبح الاقتراع يتم بمنأى عن اللجنة العامة ، دون أن يكفل المشرع لهذه اللجنة – التي يرأسها عضو الهيئة القضائية – الوسيلة اللازمة والكافية لتحقيق الإشراف الحقيقي على الاقتراع ، ومن ثم ، يضحى النص المطعون عليه ، قاصراً عن الوفاء بما تطلبه الدستور من إشراف أعضاء من هيئات قضائية على الاقتراع ، مهدراً بذلك ضمانة رئيسة تتعلق بحقي الترشيح والانتخاب. وبالتالي يكون مخالفا لأحكام المواد ٣ و ٦٢ و ٦٤ و ٨٨ من الدستور(٦).**

من هذا الحكم يتضح ان المادة (٨٨) من الدستور لم تكن محل تطبيق من قبل من بيدهم مقاليد الأمر في الدولة ، بحيث اقتصرت رقابة القضاة على اللجان العامة من دون اللجان الفرعية التي كان يترأسها أفراد من غير أعضاء الهيئات القضائية ، مما يمثل مخالفة للمادة (٨٨) التي تفرض الإشراف القضائي على عملية الاقتراع سواء باللجان العامة أم باللجان الفرعية . ولما كان الوضع القائم لم يكن كافياً لبث الطمأنينة في نفوس الناخبين ، فان القاضي

الدستوري من خلال الحكم السابق فرض على البرلمان عند تنظيمه لحق الانتخاب أن يكفل لأعضاء الهيئات القضائية الوسائل اللازمة و الكافية لبسطهم إشرافاً حقيقياً و فعالا على الاقتراع ، و ان رقابة المحكمة الدستورية العليا للفقرة الثانية من المادة (٢٤) من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية هو الذي سمح لها بان تراقب بطريقة غير مباشرة امتناع المشرع عن إخراج المادة (٨٨) من الدستور إلى حيز التطبيق(٧).

ونتيجة لهذا الحكم أصدر رئيس الجمهورية قراراً بقانون يحمل رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠٠ يقضي بتولي أعضاء الهيئات القضائية أمر اللجان الفرعية(٨).

ويشير الواقع العملي الى ان السلطة التشريعية تلتزم بتنفيذ الحكم بعدم الدستورية بكل همة ونشاط إذا كان النص المقضي بعدم دستوريته يتعلق بعلاقات خاصة بين الأفراد ، اما اذا كان النص المقضي بعدم دستوريته يتعلق بسلطة عامة وخصوصاً السلطة التشريعية فانها أي السلطة التشريعية ، تماطل في تنفيذ الحكم وتفعل كل ما تستطيع في سبيل إفراغه من مضمونه ، ولقد اعتنقت السلطة التشريعية هذا الاتجاه حين أطلقت مبدأ أن " المجلس سيد قراره " أي انه صاحب الكلمة النهائية في كل ما يخص شؤونه ، وهذا المبدأ فسر خطأ ليستر الرغبة الملحة لدى السلطة التشريعية في تحجيم دور المحكمة الدستورية العليا بصفة خاصة و القضاء بصفة عامة(٩).

إن اطلاق هذا المبدأ " المجلس سيد قراره " على عواهنه شيء خطير ويهدد الحياة الدستورية وهذا ما جعل رئيس الجمهورية يلجأ احياناً الى التدخل وحل المجلس (مجلس الشعب) ذاته ، حتى يتيح للحياة الدستورية الاستمرار ، إذ ان ما يضمن سلامة الحياة الدستورية هو أن تنفذ كل سلطة التزاماتها بحسن نية ، وليس مما ينقص من قدر أي سلطة أن تنفذ إلتزاماتها التي ألزمها بها الدستور ، بل إن ذلك أدعى أن تحترمها السلطات الاخرى وأن لا تتدخل في شؤونها أو تفتئت عليها(١٠).

ولعل أبرز مثال يمكن ايراده بهذا الصدد هو ما حدث اثر صدور حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩ مايو ١٩٩٠ ، فقد حكمت المحكمة في هذا التاريخ بعدم دستورية المادة (٥) مكرراً من القانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٨٦ فيما تضمنه من النص على أن يكون لكل دائرة عضو واحد ينتخب عن طريق الانتخاب الفردي ، ويكون انتخاب باقي الاعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الإنتخاب بالقوائم الحزبية(١١).

فمع تداعي الأحداث وتباين الجدل بين فئات المجتمع ، وبلبلة الخواطر بشأن ما قد ينتج عن هذا الحكم – من بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ انتخابه بناء على عدم دستورية المادة التي تنظم انتخابات أعضاء مجلس الشعب – ، لاسيما وأن السلطة التشريعية سبق وانها لم تنفذ الكثير من أحكام القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا في أحكام نهائية ، استنادا الى مبدأ " المجلس سيد قراره " ، مما أثر في ثقة المواطنين والمعنيين بالأمور السياسية في نظام الدولة ومبدأ سيادة القانون وتعطيل نفاذه . لذلك فقد وجه رئيس الجمهورية بياناً إلى الشعب بتاريخ ١٩٩٠/٩/٢٦ ضمنه قراره بوقف جلسات مجلس الشعب ، وتحديد يوم ١١ أكتوبر ١٩٩٠ موعداً للاستفتاء على حله ، مع إفصاحه عن عزمه خلال ايام إصدار قرارات بقوانين (لغيبة مجلس الشعب عملا بالمادة ١٤٧ من الدستور) بتعديل القانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٨٦ بشأن إنتخابات مجلس الشعب والعودة إلى نظام الانتخاب الفردي وكذا قانون مباشرة الحقوق السياسية . وهذا ما عد تنفيذاً دقيقاً لمنطوق حكم المحكمة الدستورية العليا المشار إليه(١٢).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية يشير الواقع العملي إلى مجموعة متنوعة من ردود الأفعال التي يبديها الكونكرس تجاه أحكام المحكمة الاتحادية العليا بعدم الدستورية . فهو قد يساعد في عملية تنفيذ قرار المحكمة الاتحادية العليا ، أو قد يعوق هذا التنفيذ.

وتوجد طريقتان يمكن للكونكرس أن يستخدمهما لإعاقة تنفيذ حكم المحكمة الاتحادية العليا وقلب أو تغيير الآثار المترتبة عليه . اما الطريقة الاولى ، فهي أن الكونكرس يمكن أن يقوم بتقديم تشريع آخر جديد يتفق في مضمونه وروحه مع التشريع القديم الذي قضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستوريته . ففي ٢١ يونيو ١٩٨٩ ألغت المحكمة العليا ، في قضية Texas v. Johnson (13). تشريعاً لولاية تكساس يتعلق بتدنيس العلم و الذي كان يقضي بعدم قانونية " إسباغ الازدراء" على العلم من خلال " تمزيقه أو طمس معالمه أو حرقه أو وطئه بالأقدام علناً " . ولقد أدين جريجوري لي جونسون بانتهاك هذا القانون عندما قام بحرق علم أمريكا في اثناء المؤتمر القومي الجمهوري المنعقد في دالاس عام ١٩٨٤ . وبالرغم من أن الرئيس جورج بوش وبعضاً من المشرعين كانوا في صف إصدار تعديل دستوري لإلغاء قرار المحكمة ، إلا أن آخرين فضلوا الا يقوموا بعمل ترميمي في الدستور . بدلا من ذلك ، سن الكونكرس تشريعاً صمم بطريقة يتم بها تجنب المشاكل الدستورية لقانون تكساس من خلال إزالة أي اشارة لدوافع الشخص الذي يقوم بالإضرار بالعلم الأمريكي . ولقد أصدر الكونكرس قانون حماية العلم لعام ١٩٨٩ في ١٢ أكتوبر ١٩٨٩ وأصبح القانون ساري المفعول في ٢٨ أكتوبر ١٩٨٩ عندما سمح الرئيس بوش بان تصبح اللائحة قانوناً من دون توقيعه . ولقد تم تحدي القانون الجديد مباشرة في عدد من استعراضات حرق العلم والتي عقدت في أماكن متعددة من الدولة في المدة من ٢٨-٣٠ أكتوبر . وفي أحد هذه العروض التي حدثت على سلالم مبنى البرلمان في ٣٠ أكتوبر ١٩٨٩ اشترك جريجوري لي جونسون مع آخرين في إشعال النيران في العلم الأمريكي . ولكنه لم يكن ضمن هؤلاء الذين اتهموا بانتهاك التشريع الفيدرالي الجديد . وفي عام ١٩٩٠ أعلنت المحكمة عدم دستورية لائحة حماية العلم في قضية United States v. Eichman (14).

اما الطريقـــة الثانية التي يلجأ اليها الكونكرس لإعاقـــة تنفيذ حـــكم المحكمة الاتحادية العليا بعدم الدستورية فهي إلغاء قرار المحكمة الاتحـــادية العليا مباشرة من خلال تعديل يدخله على دستور الولايات المتحـــدة ، إلا انه ليس من السهل الحصول على نسبـــة ثلثي الأصوات داخل مجلس الكونكرس وهي النسبة اللازمة لاقتراح التعديل ثم عقب ذلك الحصول على تصديق ثلاثة أرباع مجالس الولايات التشريعية لإقرار هذا التعديل(١٥). وتمدنا المحاولة السابقة لالغاء قرار المحـــكمة العليا لعام ١٩٨٩ والخاص بحـــرق العلم من خلال التعديل الدستوري بمثال حي على هذه الصعوبـــة . وبـــالرغم من أن التعديل كان يلقى تأييداً قـــوياً من الرئيس بـــوش . فإنه قـــد رفض في مجلس الشيوخ في ١٩ أكتوبر ١٩٨٩ بنسبة ٥١ الى ٤٨ صوتاً ، أي بخمسة عشـــر صوتا أقل من نسبة ثلثي الأعضاء الحاضرين والمصوتين المطلوبة(١٦).

وفي الواقع ، فإنه على مدار تاريخ المحكمة الاتحادية العليا لم يلغ إلا أربعة من قراراتها بتعديلات دستورية . فلقـــد ألغى التعديل الحـــادي عشـــر القرار الذي اتخذ في قضية Chisolm v. Georgia عام ١٧٩٣ (المتضمن إمكانية مقاضاة الولاية من قبل مواطني ولاية اخرى) ، وألغى التعديل الثالث عشر القرار الصادر في قضية (Dred Scott v. Sand Ford) االمتضمن عدم امكانية حرمان الملاك من ملكية الرقيق ، وألغى التعديل السادس عشـــر القرار المتخذ في قـــضية Poolock عام ١٨٩٥ (المتضمن عدم دســـتورية تشريع ضرائبي بفرض ضريبـــة مباشـــرة على الولايات) . وألغى التعديل السادس والعشرين القـــرار الصادر في قـــضية Oregon v. Meetshil المتضمن اعطاء الذين بلغوا سن الثامنة عشرة حق التصويت في انتخابـــات الولاية(١٧).

ولكن تجدر الاشارة إلى أن الكونكرس والمحكمة الاتحـــادية العليا ليسا خصمين بالطبع بالرغم من أن الأمر قد يبدو كذلك في بعض الأحيان ، بل على العكس إذ كثيراً ما يعمل الفرعان بتناســـق نحـــو الاهداف السياســـية

المتشابهة. على سبيل المثال ، أدى الكونكرس دوراً محورياً في تنفيذ سياسية المحكمة الاتحادية العليا وقراراتها الخاصة بعدم الفصل بين الأجناس في المدارس ومنها قضية Brown v. Board of Education of Topica عام ١٩٥٤ (١٨)، وذلك من خلال سن لائحة الحقوق المدنية لعام ١٩٦٤ والتي أعطت وزارة العدل سلطة رفع الدعاوى ضد المناطق التعليمية ووفرت الوثيقة رقم ٦ من اللائحة سلاحاً فعالا في معركة عدم الفصل من خلال التهديد بمنع إعطاء تمويل فيدرالي للمدارس المدانة بإقامة الفصل فيما بين الأجناس . ولقد أعطيت وزارة الصحة والتعليم والتأمينات سلطة تجميع إرشادات عدم الفصل لتستخدم كأساس لتحديد ما إذا كانت المناطق تلتزم بالقانون . ولقد قامت تلك الوزارة بمسؤوليتها في ظل القانون من خلال تكليف أشخاص بزيارة المناطق التعليمية ليروا ما اذا كان التمييز قائماً. فاذا وجدوا أنه قائم ، فانهم كانوا يحاولون مناقشة خطط تهدف إلى عدم الفصل . فإذا استحال التفاوض حول هذه الخطة ، كان يتم البدء في تطبيق عمليات إدارية تتصاعد في حدتها إلى أن تصل إلى فقد الأموال الفيدرالية الموجهة لقطاع التعليم – بناءً على الوثيقة رقم ٦ من اللائحة –.

وفي عام ١٩٦٥ عضد الكونكرس أكثر من مساندته لسياسة وقرارات المحكمة الاتحادية العليا في عدم الفصل في المدارس الحكومية عن طريق إصدار لائحة التعليم الابتدائي والثانوي . ولقد أعطت هذه اللائحة للحكومة الفيدرالية دوراً أكبر في تمويل التعليم الحكومي ومن ثم جعلت التهديد بقطع التمويل الفيدرالي مشكلة من أخطر ما يمكن لعديد من المناطق التعليمية التي تمارس الفصل. ولقد كان هذا الدعم من الكونكرس لسياسة وقرارات المحكمة الاتحادية العليا مهماً لان احتمال الالتزام بسياسة ما يتزايد عندما يوجد اتفاق بين سلطات الدولة(١٩).

وفي العراق تتفق جميع الدساتير التي أخذت بالرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين على أن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية

ملزمة لجميع السلطات العامة في الدولة ومنها السلطة التشريعية . فالمادة (٨٧) من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ تفيد بكون الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بعدم الدستورية تعد ملزمة للكافة ويجب على جميع الدوائر الحكومية والمحاكم تطبيقها.

ومع ان المشرع الدستوري لم يلزم صراحة السلطة التشريعية بتلك الأحكام الا ان الزامه للمحاكم (السلطة القضائية) ولدوائر الحكومة (السلطة التنفيذية) يفيد ضمناً الزامه لجميع السلطات العامة في الدولة ومنها السلطة التشريعية بتلك الأحكام الصادرة من المحكمة العليا ومنها الأحكام بعدم الدستورية . وكان الأجدر بالمشرع ان يجعل النص صريحاً بإلزام الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بعدم الدستورية لجميع السلطات العامة في الدول وللكافة . اما دستور ١٩٦٨ المؤقت فقد نص في المادة (٨٧) منه على ان " تشكل بقانون محكمة دستورية عليا .. ويكون قرارها ملزما " ، كما نصت المادة (٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨ على ان " يبلغ قرار المحكمة الدستورية العليا إلى ديوان مجلس الوزراء لنشره في الجريدة الرسمية وتبليغه إلى الوزارات والجهات المختصة للعمل بمقتضاه".

وعليه يكون الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ملزماً للسلطة التشريعية وهذا ما يمكن الاستفادة منه في العبارة الأخيرة " وتبليغه إلى الوزارات والجهات المختصة للعمل بمقتضاه " فلا شك ان الجهات المختصة للعمل بمقتضى مثل هذه الأحكام هي السلطات العامة التشريعية والتنفيذية والقضائية . وبالنسبة لقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ جعل من الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا ملزمة (المادة ٤٤/د) والعبارة وردت مطلقة (.. وتكون ملزمة) بمعنى انها تكون ملزمة لجميع السلطات العامة في الدولة ومنها السلطة التشريعية وللكافة من الاشخاص الطبيعية والاعتبارية.

اما دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فقد نصت المادة (٩٤) منه

على ان " قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة " أي ان النص ورد صريحاً وواضحاً في الزام جميع السلطات في الدولة ومنها السلطة التشريعية بالأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا ومنها الأحكام الصادرة بعدم الدستورية إذ يتوجب على السلطة التشريعية ان تقوم بإلغاء النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته . كما يتوجب عليها ان تقوم بإصدار تشريع جديد اذا ما ترتب على إلغاء النص المقضي بعدم دستوريته فراغ تشريعي¬ .

الفرع الثاني : السلطة التنفيذية.

ان الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي يعد ملزماً بطبيعة الحال إلى السلطة التنفيذية ، فإذا كان النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته من نصوص إحدى اللوائح التي تخضع للرقابة الدستورية ، فيتعين على السلطة التنفيذية عدم الاعتداد به وإحلال نص جديد يتفق مع نصوص الدستور بدلاً منه. اما إذا كان النص التشريعي المذكور من نصوص القانون ، فعليها الامتناع عن تنفيذه ويمكنها إعداد مشروع قانون يتفادى العيب الدستوري وتقدمه إلى السلطة التشريعية(٢٠).

وبناءاً عليه فان السلطة التنفيذية في مصر يتعين عليها أن تتقيد بالحكم الصادر في الدعوى الدستورية عندما تشرع في إصدار قراراتها الإدارية . فبصدور الحكم بعدم الدستورية على السلطة التنفيذية مراعاة ما قضي به في قراراتها الإدارية والا اتسمت أعمالها بعيب مخالفة قانون المحكمة الدستورية العليا . اما ما سبق إصداره من قرارات إدارية مخالفة للحكم الصادر في الدعوى الدستورية فيتعين التفرقة بين حالتين :

الأولى : عدم انقضاء الطعن بالإلغاء : إذا كان ميعاد الطعن لا زال مفتوحاً فللإدارة أن تسحب قرارها الذي أضحى متصفاً بعدم المشروعية ، بسبب مخالفته للحكم الصادر في الدعوى الدستورية .

الثانية : انقضاء ميعاد الطعن بالإلغاء : الحكم بعدم دستورية نص

قـــانوني ، يفضي إلى انفتاح ميعاد الطعن من جديد في القــــرارات الإدارية المستندة إليه وتحصنت قبل صدور الحكم . وبـــناء على ذلك للإدارة سحـــب القرار بعد صدور الحكم في الدعوى الدستورية ، فإذا تقاعســـت جاز الطعن على قرارها ، الصريح أو الضمني بالرفض ، بالإلغاء ، مع مراعاة الاستثناء الخاص بعدم المساس بالحقـــوق المكتسبـــة أو المراكز المستقـــرة بأحـــكام نهائية(٢١).

ولبيان كيفية تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للمراكز القـــانونية المستقبلية في مواجهة السلطات التنفيذية نورد على سبيل المثال حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٣ يناير ١٩٨١ حيث قضت المحـــكمة بـــالآتي:

"حكمت المحكمة بعدم دستورية الفقرة الاخيرة من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٧ المتعلقة ببعض الأحكام الخاصة بـــالتهريب – قبل إلغائه بالقانون رقـــم ٩٧ لســـنة ١٩٧٦ فيما نصت عليه من أنه يجوز لوزير المالية والاقتصاد أو من ينيبه أن يأمر بـــمصادرة الاشـــياء موضوع المخالفة إدارياً – على ما سلف بيانه ، تشـــكل اعتداء على الملكية الخاصة ومصادرة لها بالمخالفة لحكم كل من المادة (٣٤) من الدســـتور التي تنص على أن الملكية الخاصة مصونة والمادة (٣٦) منه التي تحـــظر المصادرة العامة ولا تجيز المصادرة الخاصة الا بحكم قضائي ، لما كان ما تقـــدم وكان لا يحاج بان القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ والقانون رقم ٦٩ لســـنة ١٩٧٤ المشار اليهما قد تضمنا تعويض الخاضعين للحراســـة عن أموالهم وممتلكاتهم ، وأن تقدير هذا التعويض من الملاءمات السياسية التي يشتغل بها المشرع، ذلك أن كلاً من هذين التشـــريعين قـــد تعرض للملكية الخاصة التي صانها الدستور ووضع لحمايتها ضوابط وقـــيود محـــددة ، الأمر الذي يحتم إخضاعها لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية وكان القـــانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ اذ عدل من أحكام كل من القرار بقـــانون رقـــم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ التي كانت تقضي بتحديد مبلغ جزافي بحـــد أقـــصى مقـــداره

ثلاثون الف جنيه يؤدى إلى جميع من فرضت عليهم الحراسة بسندات على الدولة لمدة خمسة عشر عاماً ، والقانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٧٢ الذي نص على أيلولة هذه السندات إلى بنك ناصر الاجتماعي مقابل معاشات يحـــددها وزير المالية ويستحقها هؤلاء الخاضعون واستبدل بها أحكاما تسوى بـــها، اوضاعهم برد بعض أموالهم عيناً أو ثمن ما تم بيعه منها وذلك في حـــدود مبلغ ثلاثين الف جنيه للفرد ومائة ألف جنيه للأسرة ، فإنه يكون بـــما نص عليه من تعيين حد أقصى لما يرد من الأموال والممتلكات كافة التي فرضت عليها الحراسة قد أنطوى على مخالفته لاحكام دستور ١٩٧١م الذي لا يجيز تحديد حد أقصى إلا بالنسبة للملكية الزراعية طبقـــا للمادة (٣٧) منه الأمر الذي يتضمن بدوره مساساً بالملكية الخاصة بالمخالفة لحـــكم المادة (٣٤) من الدستور سالف البيان ، وحيث أنه لما تقدم يتعين الحكم بعدم دســـتورية المادتين المطعون عليهما"(٢٢).

ويمكن القول بأن تنفيذ السـلطة التنفيذية لهذا الحـــكم يتمثل في رد الأموال والممتلكات التي استولت عليها تطبيقاً للمادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ ، كذلك عدم التوقف عند حد أقصى بالنسبـــة للتعويض عن الأموال والممتلكات التي يستحيل ردها ، وكذلك التوقـــف مستقبـــلاً عن مصادرة أية أموال أو ممتلكات بالتطبيق لنص المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ . ولاشك ان السلطة التنفيذية لو خالفت حكم المحـــكمة الدستورية العليا المشار اليه اعلاه فإن الافراد المتضررين سيحـــصلون على إمكانية رفع دعوى جنائية بهذا الخصوص ، وفقا لنص المادة (٢٣) عقوبات.

ويتضح مما تقدم ان السلطة التنفيذية ملتزمة بتنفيذ أحكام المحـــكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية في اليوم التالي من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية ومن دون توقف ذلك على قيام السلطة التشريعية بـــإلغاء النص الذي قضي بعدم دستوريته إذ أن النص المقضي بعدم دستوريته يبقى إلى أن يلغيه المشرع قائماً من الناحية النظرية فقـــط من دون أن يكون من الممكن تنفيذه ،

أي انه يبقى موجودا غير نافذ ، والذي ينفذ هو حكم المحكمة الدستورية العليا والا فالمسؤولية الدستورية قائمة، فضلا عن المسائلة الجنائية(٢٣). وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا " **أن الامتناع عن تنفيذ أي حكم قضائي نهائي حائز لقوة الأمر المقضي يشكل في حد ذاته جريمة جنائية ، وذلك بنص الدستور في المادة ٧٢ والتي جرى نصها على ان تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب ، ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون ، وللمحكوم له في هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة"(24).**

وفي الولايات المتحدة الأمريكية يشير الواقع العملي إلى أن حكم المحكمة الاتحادية العليا يكون اكثر جرأة واكثر تأثيراً من حيث تنفيذه إذا استطاع أن يحصل على التأييد الفعلي للسلطة التنفيذية بحيث يأتي متوافقاً مع سياستها . والمثال الصريح والواضح على ذلك هو موضوع التكامل في المدارس ، وذلك عندما بدأت المحاكم الفيدرالية تأمر بإلغاء الفصل العنصري في المدارس الحكومية بعد عام ١٩٥٤ تيمناً بحكم المحكمة العليا في قضية، Brown v. Board of Education of Topica حيث قوبلت بمعارضة لا يستهان بها ، ففي عام ١٩٥٧ ، سعى اورفيل فوباس حاكم ولاية أركارنسو إلى منع تنفيذ حكم المحكمة بتحقيق التكامل في المدرسة الثانوية لبلدة ليتل روك . الأمر الذي اضطر الرئيس أيزنهاور في ذلك الوقت إلى إرسال قوات الحرس الوطني واستخدم بالفعل القوة الفيدرالية لتنفيذ حكم المحكمة(٢٥).

وبالمثل أستخدم الرئيس كنيدي القوة الفيدرالية لمساندة قرار المحكمة بقبول طالب أسود في جامعة مسيسبي وذلك في مواجهة مقاومة محلية طاغية للقرار . وبالتأكيد شجع تأييد السلطة التنفيذية للمحكمة الاتحادية العليا وللهيكل القضائي الأدنى على الاستمرار في جهودهم لإنهاء الفصل العنصري في المدارس ، من خلال مد يد المساعدة والعون لتنفيذ أحكام المحكمة الخاصة بهذا الموضوع(٢٦).

كما أن العديد من القرارات القضائية تنفذ بالفعل بوساطة الوزارات والهيئات والمكاتب واللجان المتعددة المشكلة للفرع التنفيذي . فقرار المحكمة الاتحادية العليا في قضية Frontiero v. Richardson دعت القوات الجوية الأمريكية للقيام بالدور الأكبر في عملية التنفيذ . فلقد تساءلت قضية Frontiero عن التشريعات البرلمانية التي وفرت مزايا للاعضاء في السلاح الجوي من الذكور المتزوجين في حين لم توفر المزايا نفسها للسيدات المتزوجات المنتميات إلى القوات الجوية. فوفقاً للقانون ، فإن عضو سلاح القوات الجوية المتزوج والذي يسكن خارج القاعدة الجوية يحصل على بدل سكن بغض النظر عما اذا كانت زوجته تعمل وبغض النظر عن الدخل الذي تكسبه . ولكن السيدات المتزوجات العضوات في سلاح القوات الجوية ، على الجانب الاخر ، لم يكن من حقهن الحصول على بدل السكن إلا إذا كان أزواجهن غير قادرين جسمانياً أو عقلياً على إعالة أنفسهم وكانوا معتمدين على زوجاتهم للحصول على أكثر من نصف ما يعولهم . ولقد أعترضت الملازم شارون فرونتيرو على هذه السياسية على أساس انها تشكل تمييزاً بسبب الجنس النوعي بما يعد انتهاكاً للتعديل الخامس على الدستور . ولقد سجلت دعوتها في محكمة جزئية فيدرالية في آلاباما في ٢٣ ديسمبر ١٩٧٠ . ولم تعلن المحكمة الجزئية ثلاثية القضاة قرارها الخاص بتأييد سياسة القوات الجوية حتى ٥ أبريل ١٩٧٢ . ولقد استأنفت الملازم فرونتيرو امام المحكمة الاتحادية العليا والتي قامت بإلغاء قرار المحكمة الأدنى في ١٤ مايو ١٩٧٣ ، وأعتبرت التشريعات التي تشكل تمييزاً بسبب الجنس النوعي مخالفة للتعديل الخامس على الدستور . ولقد نفذ حكم المحكمة الاتحادية العليا وسياستها من قبل القوات الجوية باعتبارها أحد الأفرع التنفيذية(٢٧).

وفي العراق ذهب القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ في المادة (٨٧) منه إلى اعتبار الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ومنها الأحكام بعدم الدستورية ملزمة ويجب على جميع الدوائر الحكومية والمحاكم

تطبيقها . و لاشك ان المقصود بالدوائر الحكومية هنا هي السلطة التنفيذية ، إذ يتوجب عليها تنفيذ أحكام المحكمة العليا بعدم الدستورية وذلك من خلال الامتناع عن تطبيق القانون أو الجزء المخالف منه الذي حكم بعدم دستوريته ، فالسلطة التنفيذية المتمثلة بمجلس الوزراء توجب عليها الامتناع عن تكليف شخص بان يكون تحت مراقبة الشرطة أو ان يقيم في أماكن من دون غيرها استناداً إلى المادة الرابعة و الخامسة من قانون منع الدعايات المضرة رقم (٢٠) لسنة ١٩٣٨ وذلك بعد الحكم بعدم دستورية هاتين المادتين و اعتبارهما ملغيتين من الأصل بموجب قرار المحكمة العليا الصادر في ١١ أيلول ١٩٣٩ والذي جاء فيه " **عند ملاحظة القانون المشار اليه رأت أكثرية المحكمة بان المادة الرابعة منه قد أناطت بمجلس الوزراء حق منع أي شخص من الإقامة في مكان او أمكنة معينة داخل العراق . وجعل الشخص تحت مراقبة الشرطة. ولما كانت الأحكام الدستورية بمجموعها قد قسمت القوى في الدولة إلى ثلاثة أقسام : تشريعية . وتنفيذية . وقضائية . ... وحيث ان تكليف الشخص بان يكون تحت مراقبة الشرطة أو تكليفه بالإقامة في أماكن دون غيرها يدخل ضمن سلطة القضاء بهذا الاعتبار وجدت أكثرية المحكمة ان المادة الرابعة من قانون منع الدعايات المضرة رقم (٢٠) لسنة ١٩٣٨ قد خولت مجلس الوزراء صلاحيات هي مناطة – بحكم القانون الأساسي – بالسلطة القضائية . ولما كانت المادة الخامسة من القانون موضوع البحث مرتبطة بالمادة الرابعة منه والمشار اليها آنفاً ترى اكثرية المحكمة بان المادتين المذكورتين مخالفتين للدستور . وبالنظر إلى المادة ٨٦ فقد أصبحتا ملغيتين من الأصل .** "

اما دستور ١٩٦٨ المؤقت الذي جعل من قرارات المحكمة الدستورية العليا ملزمة (المادة ٨٧) ، واستناداً إلى المادة السابعة من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨، تبلغ هذه القرارات إلى ديوان مجلس الوزراء لنشره في الجريدة الرسمية وتبليغها إلى الوزارات

والجهات المختصة للعمل بمقتضاه . وهذا يعني ان السـلطة التنفيذية ملزمة بتنفيذ قرارات المحكمة الدستورية بـعدم الدسـتورية من تاريخ نشـرها في الجريدة الرسمية .

وذهبت المادة (٤٤/د) من قانون إدارة الدولة العراقـية للمرحـلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ إلى أن قرارات المحكمة الاتحادية العليا ومنها بالطبـع قراراتها بعدم الدستورية ، تكون ملزمة ، والعبارة وردت مطلقة وعامة ، أي انها ملزمة للكافة ولجميع السلطات العامة في الدولة ومنها السلطة التنفيذية.

اما المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فقد نصت صراحة على اعتبار قرارات المحكمة الاتحادية العليا ملزمة للسـلطات كافة أي لجميع السلطات العامة في الدولة ومنها السلطة التنفيذية بطبيعة الحال .

الفرع الثالث : السلطة القضائية.

تلتزم السلطة القضائية بجميع محاكمها بالأحـكام الصادرة بـعدم الدستورية فتمتنع عن تطبـيق القـانون غير الدسـتوري في جميع الدعاوى المطروحة امامها(٢٨).

فالحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في مصر بتقرير عدم دستورية قانون او لائحة معينة يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبـيق هذا القانون أو تلك اللائحة، وإذا كان القانون او القرار بقانون يبقى من الناحية النظرية المجردة قائماً حتى يلغيه المشرع ، وتبقى اللائحة قائمة حـتى تلغيها جهة الإدارة . فإن النص غير الدستوري يفقد قيمته من الناحية التطبيقـية لأن جميع المحاكم سوف تمتنع عن تطبيقه إذا ما دفع امامها بعدم دسـتوريته في قضية اخرى إعمالا للحجية المطلقة للحكم الصادر من المحكمة الدسـتورية العليا بعدم دستورية القانون أو اللائحة(٢٩).

والحكم الصادر بعدم الدستورية يلزم سائر المحاكم بحيث لا يقتصر الالزام على المحكمة التي أثير امامها الدفع بعدم الدسـتورية ، أو التي أثارت

الدفع بعدم الدستورية وقررت الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا بل يلزم جميع المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها بحيث يمتنع عليها تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته . إلا أن المشرع المصري لم يتعرض تحديداً لحالة مخالفة احدى جهات القضاء لحكم المحكمة الدستورية العليا ، وتبدو خطورة الأمر إذا ما تعلق الأمر بحكم غير قابل للطعن(٣٠).

ويتمتع الحكم الصادر بعدم الدستورية بحجية في مواجهة المحكمة الدستورية نفسها، أي يتوجب على هذه الاخيرة الالتزام بهذه الأحكام مثل سائر المحاكم في الدولة ، ولا يقدح في ذلك أن هذه المحكمة هي التي أصدرت الحكم ، فالصيغة العامة التي جاءت بها المادة (١/٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا تفيد خضوع المحكمة الدستورية العليا مثلها في ذلك مثل سائر المحاكم للحكم الصادر بعدم الدستورية . ويترتب على التزام المحكمة الدستورية العليا بالحكم بعدم الدستورية انه لا يجوز لها ان تفصل في دعوى سبق لها وأن قالت كلمتها بشأنها . وإذا حدث وأقيمت دعوى امام هذه المحكمة تتعلق بنص سبق الفصل فيه ، فعلى المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها . علاوة على ذلك ، تلتزم المحكمة الدستورية العليا بالحكم الذي أصدرته بعدم الدستورية حال مباشرتها لاختصاصاتها الاخرى . إذ أن من المعروف ان المحكمة الدستورية العليا تقوم بجانب الرقابة على الدستورية ، بتفسير النصوص التشريعية ، والفصل في حالات التنازع ، لذلك فهي تلتزم بحكمها الصادر في الدعوى الدستورية عندما تشرع في ممارسة هذه الاختصاصات(٣١).

واما عن تنفيذ المحاكم الدنيا لقرارات المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية فان الأمريكيين كثيراً ما ينظرون إلى محاكم الاستئناف لاسيما المحكمة العليا للولايات المتحدة ، على انها من الأرجح لها دور في صنع السياسة ، اما محاكم الموضوع ، على الجانب الاخر ، عادة ما ينظر اليها على أنها تقوم بتنفيذ القواعد بدلا من كونها صانعة سياسة . فإذا ما

أخذ في الاعتبار هذه الرؤية التقليدية ، فإن الصورة التي تظهر عادة هي صورة تكون فيها المحكمة الاتحادية العليا صانعة للقرار الذي تقوم بعد ذلك محكمة أدنى بتنفيذه . أي أن بعضهم يتخيل وجود بيروقراطية قضائية تتكون من مجموعة من المحاكم متدرجة هرمياً تشبه إلى حد كبير نظام الرؤساء المهيمنين والمرؤوسين التابعين . ولكن الدراسات الحديثة ألقت بظلال الشك على نظرية البيروقراطية ، إذ ان الواقع الحالي يشير إلى أن قضاة المحاكم الادنى يتمتعون بقدر كبير من الاستقلالية عن محاكم الاستئناف بصورة عامة والمحكمة الاتحادية العليا بصفة خاصة إذ انهم لا يتبعون قيادة المحاكم الأعلى إلا اذا كانت الظروف تحبذ القيام بهذا . وحرية التصرف التي يمارسها قاضي محكمة أدنى قد تكون نتاجاً كذلك لقرار المحكمة الاتحادية العليا ذاتها . ولعل المثال البارز الذي يضرب بهذا الصدد هو انه بعد صدور قرار المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قوانين الفصل العنصري في المدارس وذلك عام ١٩٥٤ . واجهت المحكمة سؤالين رئيسين:

١- متى سيكون على المدارس الحكومية ان تبدأ تنفيذ عدم الفصل العنصري ؟.

٢- كم من الوقت يجب أن يعطوا للانتهاء من التطبيق الكامل للعملية؟ ولان القضاة الجزئيين الفيدراليين قد أعطوا مهمة تنفيذ حكم المحكمة الاتحادية العليا ، فلقد قيل لهم أن المدارس الحكومية عليها أن تقوم ببداية فورية ومعقولة ثم عليها بعد ذلك أن تتقدم بسرعة حازمة من أجل إحلال عدم الفصل العنصري . ولكن ما الذي يشكل بداية فورية ومعقولة ؟ وما هو قدر السرعة المطلوبة أن تتقدم به المناطق التعليمية حتى يعد تحركها بالسرعة المطلوبة ؟ وبما أن قضاة المحكمة العليا لم يقدموا إجابات محددة على هذه الاسئلة ، فان العديد من قضاة المحاكم الأدنى واجهوا مناطق تعليمية استمرت في التقدم ببطء شديد على طريق عدم الفصل العنصري ، في حين انهم كانوا يّدعون في ذات الوقت أنهم إنما يتصرفون في إطار التوجيهات الإرشادية للمحكمة الاتحادية العليا(٣٢).

من الواضح اعلاه أن القضاة الجزئيين الفيدراليين الذين اضطلعوا بتنفيذ سياسة وقرار المحكمة الاتحادية العليا في القضية اعلاه كان بامكانهم ممارسة قدر كبير من الحرية – المراوغة في تنفيذ قرار المحكمة – مع استمرار قولهم ، وبحق ، انهم ممتثلون لما فرضته المحكمة الاتحادية العليا . وتقوم المراوغة على التمسك بحرفية الحكم وليس بروحه ، وهو الامر الذي لجأت اليه بعض المحاكم الأدنى فيما يتعلق بحكم Brown v. Board of Education of Topica حيث ذهبت إلى أن هذا الحكم يتعلق بالتعليم فقط ، ومن ثم سمحت بصور من التمييز في غير التعليم كالمواصلات العامة وحمامات السباحة(٣٣).

وبالرغم من ان قرارات المحكمة الاتحادية العليا لا تسمح كلها بمثل هذه الحرية في التصرف في تنفيذها ، الا ان عدداً كبيراً منها يتيح ذلك ، فالقرارات التي تتسم بالغموض أو نقص الوضوح الكافي تواجه بالتأكيد مشاكل في اثناء عملية التطبيق .

وقد يكون قرار المحكمة الاتحادية العليا غير واضح لاكثر من سبب. فاحياناً يكون موضوع القضية معقداً للغاية إلى درجة تجعل من الصعوبة رسم سياسة واضحة . في قضايا الفحش في سبيل المثال ، واجهت المحكمة الاتحادية العليا قدراً لا يستهان به من الصعوبة في اتخاذ القرار بعدم دستورية المادة الحاثة على البغاء فمثل هذه المادة لا تستحق الحماية الدستورية ، ولكن تعريف الفحش يعد مسألة دقيقة ليس من السهولة حسمها . فعبارات مثل " مزعج دون مواربة " و " المعايير الحالية للجماعة " و " بدون التضحية بالقيم الاجتماعية " ، أصبحت معتادة في القرارات الخاصة بالفحش ، ولكن من الواضح أن هذه المصطلحات تترك مجالا واسعاً للتفسير الذاتي بعيداً عن الموضوعية ، وهذا بالطبع يثير مشاكل عديدة عند التنفيذ(٣٤).

واحياناً اخرى يفتقد قرار المحكمة الاتحادية العليا إلى الوضوح الكافي وذلك لأنه حتى يصدر القرار لابد ان تتفق أغلبية المحكمة على رأي،

ويحدث ان تكون المحـــكمة منقســمة انقســاماً متكافئاً فتحـــدث مفاوضات وتنازلات لاصدار رأي الأغلبية والذي قــد يصدر في النهاية بــصورة غير واضحة ، مما يعطي ضوءاً خافتاً للمحاكم الأدنى لفهمه والإذعان إليه وتنفيذه ومثال ذلك ان المحــكمة الاتحــادية العليا أصدرت حـــكمها في قـــضية Fourman v. Gorgia سنة ١٩٧٢ بأغلبية خمسة أصوات ضد أربعة بعدم دستورية عقوبة الإعدام كما تقررها القوانين القائمة في ولاية جورجيا ، وذلك انطلاقاً من ان القوانين قد تميز تمييزاً عنصرياً ضد الاقليات والفقراء باعتبار انه من المرجح أكثر أن تصدر ضد هذه الجماعات أحكاماً بالإعدام من قبــل المحاكم ، ووصفت عقوبة الإعدام بانها عقوبة وحشــية وقاســية مما يخالف التعديلين الثامن والرابع عشر (٣٥).

وكتب كل قاضٍ من القضاة الخمسة المشكلين للأغلبية رأياً منفصلاً مما أثار الخلاف . والخلط الذي نشأ نتيجة قــرار ١٩٧٢ أثر ليس فقــط على قضاة المحاكم الأدنى ولكن كذلك على الهيئات التشريعية بــالولايات . فلقــد تدافعت الولايات لتجيز تشــريعات خاصة بعقوبــات الإعدام متفاوتة بشــدة وأحدثت بــذلك عدداً جديراً بالاعتبــار من الخصومات القــضائية الجديدة ، واكتشف بعضهم انهم أخطئوا لما أوضحت المحكمة الاتحادية العليا حقيقــة موقفها من العقوبة بأحكامها الخمسة التي صدرت سنة ١٩٧٦ (٣٦).

هذا وقد يعمد القضاة في محاكم الولايات المنفذون لأحكام المحــكمة الاتحادية العليا إلى اســتراتيجيات فعلية محــاولة منهم المراوغة في التنفيذ والالتفاف حول هذه الأحكام ، إذ كثيراً ما يعتمد هؤلاء القضاة الذين يواجهون بضرورة تفسير السياسات الخاصة بالحريات المدنية على ما يســمى بـــ " الفيدرالية القضائية الجديدة " . ولقد برزت هذه الفكرة في بــداية السبــعينات أساساً كنتيجة لتعيين Burger رئيس قضاة المحكمة العليا للولايات المتحدة . فالعديد من أنصار الحريات المدنية والذين تخوفوا من أن محــكمة Burger الجديدة سوف تدمر أو تلغي القرارات الكبــرى لمحــكمة Warren بــدأوا

يعودون إلى مواثيق الحقوق في الولايات بوصفها أساساً بـديلاً لمطالبـتهم ودعاواهم في المحاكم . ولقد شجعت محكمة Burger في الواقـع العودة إلى دساتير الولايات من خلال الإشارة إلى ان الولايات يمكنها أن توفر قدراً اكبر من الحماية في ظل وثائقها للحقوق مقارنة بما هو متاح في ظل وثيقة الحقوق الفيدرالية .

في البداية ، قامت دعاوى الحريات المدنية في الولايات بـالتركيز بدرجة أكبـر على حقـوق المدعى عليه ، ولم تظهر الا محـكمتا كاليفورنيا ونيوجرسي العليتان اهتماماً بالفيدرالية القـضائية الجديدة ، وبـداية ، لقـد استخدمت المحاكم هذا المدخل لتراوغ في تنفيذ قرارات بـعينها صادرة عن المحكمة الاتحادية العليا – محكمة Burger ولكن مع نهاية الثمانينيات ، كانت قد بدأت حملة قومية لإعادة إحياء قوانين الحريات المدنية الخاصة بالولايات . فمنذ عام ١٩٧٠ كان هناك اكثر من ٣٠٠ قرار قامت محـاكم الولايات فيها ، اما بتوفير حماية للحقوق في ظل دساتير الولاية اكبر مما منحـته المحـكمة الاتحادية العليا ، وإما أنها قد أسست قراراتها التي تدعم المطالبات بالحقـوق على الأسس الدستورية للولاية . إذ أن قـضاة الولايات على خلاف قـضاة المحكمة الاتحادية العليا للولايات المتحدة ، ليسوا مقيدين باعتبارات الفيدرالية . من ثم ، يجوز لهم استخدام دساتير ولاياتهم وتخطي أحكام الفيدرالية التي قد لا توفر حماية كافية للحريات المدنية(٣٧).

الا انه لا يمكن الأخذ بما سبق ذكره للاسـتدلال عليه كظاهرة لعدم خضوع المحاكم الأدنى وامتثالها لتنفيذ أحكام المحكمة الاتحادية العليا . فعادة لا يعترض كل قضاة المحاكم الادنى على سياسة أعلنتها المحكمة الاتحـادية العليا بل العكس هو صحيح ، فالقـاضي الذي يكون متفقـاً تماماً مع إحـدى سياسات المحكمة الاتحادية العليا من الأرجح أنه سيطبق تلك السياسة بأوسع صورة ممكنة . وفي الواقع ، قد يتسع نطاق السابقة التي جاءت بها المحـكمة الاتحادية العليا لتنطبـق في مجالات اخرى. فعلى سبـيل المثال في قـضية

(38)Criswold v. Connecticut. قررت المحكمة العليا عدم دستورية أحد تشريعات ولاية كونتيكيت التي تحظر استخدام وسائل منع الحمل ، وقضت فيه " **أن القرار باستخدام أو عدم استخدام وسائل منع الحمل هو قرار شخصي يتخذ دون تدخل الولاية** " . وبعد مرور خمس سنوات ، وسعت محكمة جزئية فيدرالية ثلاثية القضاة من نطاق سابقة Criswold وذلك لتبرر ما توصلت إليه من أن تشريع ولاية تكساس الخاص بالاجهاض غير دستوري(٣٩). فلقد حكمت المحكمة " **أن القانون يتعدى على حق الخصوصية للمرأة غير المتزوجة والمتعلق بقرارها، في الأقل في الأشهر الثلاثة الأولى من الحمل ، بما إذا كانت ستجري عملية إجهاض**" ومن ثم ، فإن المحكمة الأدنى ذهبت بالفعل إلى ابعد مما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا في ضرب تدخل الولاية في مثل هذه الأمور(٤٠).

وفي العراق ذهب القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ في المادة (٨٧) منه على وجوب تطبيق أحكام المحكمة العليا ومنها بطبيعة الحال الأحكام بعدم الدستورية ، من قبل جميع المحاكم الموجودة في النظام القضائي العراقي .

كما ذهب دستور ١٩٦٨ المؤقت في المادة (٨٧) منه إلى اعتبار قرارات المحكمة الدستورية العليا ملزمة ، وجاء النص عاماً أي ملزمة لجميع السلطات العامة في الدولة ومنها السلطة القضائية . وأكد ذلك نص المادة (٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨ حين أوجب تبليغ قرار المحكمة الدستورية العليا إلى الجهات المختصة للعمل بمقتضاه ، ومن هذه الجهات بطبيعة الحال السلطة القضائية .

اما قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ فقد ورد في المادة (٤٤/د) منه ، ان قرارات المحكمة الاتحادية العليا ، والتي تعد منها القرارات بعدم الدستورية ، تكون ملزمة ، والعبارة وردت مطلقة فلابد أن المشرع الدستوري أراد بها ان تكون ملزمة لجميع السلطات العامة في

الدولة ومنها السلطة القضائية . وبالنسبة لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فقد نصت المادة (٩٤) منه على ان قرارات المحكمة الاتحادية العليا ملزمة للسلطات كافة . أي انها ملزمة لجميع السلطات العامة في الدولة ومنها السلطة القضائية ، حيث يتوجب على جميع المحاكم في النظام القضائي العادي والإداري ان تلتزم بالامتناع عن تنفيذ التشريع المحكوم بعدم دستوريته إعمالا للحجية المطلقة لأحكام المحكمة الاتحادية العليا .

المطلب الثاني : كيفية تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للمراكز القانونية المستقبلية في مواجهة الكافة.

يقصد بالكافة جميع الاشخاص الطبيعية والاعتبارية من الأغيار . اما عن تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للمراكز القانونية في مواجهة الكافة . فسيتم بيانه فيما يأتي :

في مصر نجد أن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعي يلزم السلطات العامة والكافة . ولقد وضحنا في المطلب السابق كيف يلزم هذا الحكم السلطات العامة ، اما الزامه للكافة فمقتضاه التزام هؤلاء الكافة بترتيب تصرفاتهم القانونية على أساس الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية والا استطاع المضرور الحصول من القضاء على حكم ببطلان التصرفات المترتبة بالمخالفة لحكم المحكمة الدستورية العليا ، هذا من جانب ، ومن جانب اخر فانه لا يجوز للكافة الدفع بعدم دستورية نص سبق وقضي بعدم دستوريته ، ومثل هذا الدفع يتعين ان يقابل بالرفض من محكمة الموضوع ، وحتى بفرض وصول المسالة الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا فسيكون مصير هذه الدعوى هو القضاء بعدم قبولها لسابقة الفصل فيها (٤١). ومثال ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٨٥/١٢/٢١ حيث تقول فيه المحكمة " **حيث أن الوقائع على ما هو بين من صحيفة الدعوى وسائر الاوراق يتحصل في**

أن المدعي كان قد أقام الدعوى رقم ٦٢٢٨ لسنة ١٩٨١ مدني كلي جنوب القاهرة طالباً الحكم بإلزام المدعى عليهم الأربعة الاخرين متضامنين بأن – يدفعوا له مبلغ ١٢٦٨١،٣٩٠ جنيهاً قيمة ما تم الاستيلاء عليه من حقه في الشركات المؤممة بمقتضى القرارات بقوانين أرقام ١١٨،١٧ لسنة ١٩٦٠ و ٥٠ لسنة ١٩٦٣ وبجلسة ٣ نوفمبر سنة ١٩٨١ دفع المدعي بعدم دستورية القرار بقانون رقم ١٣٤ لسنة ١٩٦٤ بتعويض أصحاب أسهم ورؤوس أموال الشركات والمنشآت المؤممة وفقاً لأحكام القوانين أرقام ١١٧ ، ١١٨ ، ١١٩ لسنة ١٩٦١ تعويضاً أجمالياً ، فصرحت له المحكمة برفع دعواه الدستورية فأقام الدعوى المماثلة .وحيث أن هذه المحكمة سبق أن قضت بتاريخ ٢ مارس ١٩٨٥ في الدعوى رقم ١ لسنة ١ قضائية " دستورية" بعدم دستورية القرار بقانون رقم ١٣٤ لسنة ١٩٦٤ بتعويض أصحاب أسهم ورؤوس أموال الشركات والمنشآت التي آلت ملكيتها إلى الدولة وفقا لأحكام القوانين أرقام ١١٧ ، ١١٨ ، ١١٩ لسنة ١٩٦١ والقوانين التالية لها تعويضا أجمالياً ونشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بتاريخ ٣١ مارس ١٩٨٥ ، وحيث أن الفقرة الاولى من المادة (١٧) من الدستور قد نصت على ان تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، كما قضت المادة ١٧٨ من الدستور بأن تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية ... ونصت المادة (٤٩/١) من قانون المحكمة الدستورية الصادرة بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية ... ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة ، مؤدى ذلك أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري تكون لها حجية مطلقة ، بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها ، وانما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة يلتزم بها جميع سلطات الدولة سواء أكانت هذه الأحكام

قد أنتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأســــاس وذلك لعموم نصوص المادتين ١٧٥ ، ١٧٨ من الدستور والمادة (٤٩/١) من قانون المحكمة المشـــار اليه ولأن الرقابة القضائية على دســتورية القــوانين التي أختصت بــها المحــكمة الدستورية العليا دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلغي قوة نفاذه أو إلى تقرير دستوريته وبالتالي سلامته من العيوب وأوجه البطلان لما كان ذلك وكان المستهدف من هذه الدعوى هو الفصل في مدى دستورية القرار بقانون رقم ١٣٤ لسنة ١٩٦١ بــتعويض أصحــاب أسهم رؤوس أموال الشركات والمنشآت التي آلت ملكيتها إلى الدولة وفقا لأحكام القوانين أرقام ١١٧ ، ١١٨، ١١٩ ، لسنة ١٩٦١ والقوانين التالية لها تعويضاً إجمالياً ، وقد سبق لهذه المحكمة أن قضت بعدم دستوريته على ما سلف بيانه . وكان قضاؤها هذا له حجية مطلقة حسمت الخصومة بشأن عدم دستورية هذا القرار بقانون حسماً قاطعاً مانعاً من نشــر أي طعن يثار من جديد بشأنه، فإن المصلحــة في الدعوى الماثلة تكون منفية وبــالتالي يتعين الحكم بعدم قبول الدعوى..."(42).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية بينا في المطلب السابق كيفية تنفيذ الكونكرس والسلطة التنفيذية والقضائية لحكم المحكمة الاتحــادية العليا ، اما إلزامه للكافة من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، فيعني عدم جواز الدفع بعدم الدستورية أو اللجوء إلى القضاء عن طريق أوامر المنع أو إصدار الحكم التقريري مستقبلاً بشأن قانون سبق وان حكمت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستوريته لأن حكمها هذا يشكل سابقة قضائية ، يوجب مبدأ حجية السوابــق القضائية المتبع في الولايات المتحدة الأمريكية ، التزام جميع المحاكم الأدنى به ، وهذا يعني انه حتى لو لجأ الافراد الى القضاء بصدد قانون قضي بــعدم دستوريته من قبل المحكمة الاتحادية العليا فان المحاكم الأدنى بــل وحــتى المحكمة الاتحادية العليا نفسها ستلزم بما قضت به في حكمها السابق بــصدد ذات القانون(٤٣).

ويشير روبرت أ. كارب ورونالد ستيدهام(٤٤). إلى ان هنالك فريقاً من الافراد ينخرط بعمق في تنفيذ السياسات القضائية وقرارات المحكمة العليا وهؤلاء هم الالاف من الرجال والنساء الذين يشكلون مجالس المدارس في ارجاء الولايات المتحدة الأمريكية كافة .وهنالك مجالان رئيسان من مجالات السياسة يبرزان بوصفهما المسؤولين عن تورط اعضاء مجالس المدارس في خصومة كبرى وهم يواجهون المهمة المحتومة المتعلقة بتنفيذ سياسة وقرارات المحكمة الاتحادية العليا .

المجال الأول : عندما حكمت المحكمة الاتحادية العليا عام ١٩٥٤ في قضية، Brown v. Board of Education of Topica والمتعلق بموضوع مهم في المجتمع الأمريكي ، وهو التمييز العنصري ، حيث أدان المبدأ الشهير "متساوون ولكن منفصلون" Equal but Separate الذي كان قد تقرر منذ زمن سابق عام ١٨٩٦ ، في قضية Plessy v. Fergouson فلقد كان هذا المبدأ مخالفاً لشرط المساواة في الحماية امام القوانين (٤٥). الوارد في التعديل الدستوري الرابع عشر . لذا قررت المحكمة العليا في قضية Brown بان الفصل بين الاجناس لا مكان له في المدارس الحكومية ، كانت مجالس المدارس ومشرفو المدارس ، بالتضامن مع القضاة الجزئيين الفيدراليين،الذين تحملوا مشقة تنفيذ هذا القرار . ولقد أثر دورهم على حياة الملايين من تلاميذ المدارس والآباء والأمهات ودافعي الضرائب في كل مكان من أمريكا.

والمجال الثاني : الذي تطلب تدخل مجالس المدارس في التنفيذ هو سياسات المحكمة الاتحادية العليا وقراراتها الخاصة بوضع الدين في المدارس الحكومية . ففي قضية Engel v. Vitale (1962) (46). أعلنت المحكمة الاتحادية العليا عدم دستورية مطلب لولاية نيويورك بان صلاة مكتوبة بمعرفة مسؤولي الولاية تقرأ يومياً في المدارس الحكومية . ولقد ردت بعض المناطق التعليمية على القرار بالمطالبة بدلاً من ذلك اما بقراءة من الإنجيل أو بالصلاة الربانية . وكان منطقهم هو بما أن الولاية لم تكتب لا

الصلاة الربانية و لا الإنجيل ، فانهم لا يكونون متعدين على سياسة المحكمة . وبعد مضي عام على ذلك ، أطاحت المحكمة الاتحادية العليا بهذه الممارسات الجديدة مشيرة الى أن انتهاك النصوص الدستورية يتمثل في تبــني النشــاط الديني و ان تحديد هذا الانتهاك لم يعتمد على ما إذا كانت الولاية قــد قــامت بكتابة الصلاة(٤٧).

ولقد استمرت بعض المناطق التعليمية في التهرب من تنفيذ أحــكام المحكمة الاتحادية العليا ، إن لم يكن نصها ، من خلال المطالبة بــفترة صمت وتأمل يمكن للتلاميذ أن يصلّوا خلالها إذا أرادوا . ولقــد أعلنت المحــــكمة الاتحادية العليا في قضية Wallace v. Jaffree في ٤ يونيو ١٩٨٥ (٤٨). أن قانون التأمل الصامت لولاية آلاباما لاغٍ لأن التلاميذ كانوا يعلمون بــأنهم يمكنهم استغلال هذا الوقت في أداء الصلاة . وهذا التصرف قيل انه يحتضن الدين " كممارسة مفضلة " بــالمخالفة للدســتور . كل من هذين المجالين من مجالات السياسة يشمل أساساً المواطنين بصفاتهم الشــخصية – مســؤولي مجالس المدارس – في تنفيذ قــرارات هي مثار للجدل والتي قــد لا يكونون مدركين لابعادها تمام الإدراك ولا متفقين معها . فعدم فهم قرارات الصلاة في المدارس والتي أصدرتها المحكمة الاتحادية العليا قادت ، على سبيل المثال ، بعض المناطق التعليمية إلى عدم اتخاذ أي اجراء تنفيذي بــالمرة ، في حــين قامت مجالس مدارس أخرى بفرض حظر تام على كل الأنشــطة الدينية في المدارس(٤٩).

اما في العراق فان القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ ، قــد رتب في المادة (٨٦) منه حكم الإلغاء على القــانون المخالف لاحــكام الدســتور اعتباراً من تاريخ صدور الحكم . ولاشك ان ترتيب حــكم الالغاء يفيد ضمناً ترتيب اثاره بالنسبة لجميع السلطات العامة في الدولة وللكافة من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية. وقد بحــثنا في المطلب السابــق كيفية تنفيذه بالنسبــة للســلطات العامة ،اما تنفيذه بالنسبــة للكافة فيعني التزام جميع الاشــخاص الطبيعية والاعتبارية بترتيب تصرفاتهم القانونية على أساس الحــكم الصادر

من المحكمة العليا بعدم الدستورية . ولابد من التنويه هنا إلى انه أصلاً لايثار موضوع تنفيذ حكم المحكمة العليا من قبل الكافة ، أي عدم لجوئهم إلى القضاء مستقبلا لتقرير عدم الدستورية أو دستورية التشريع مجدداً ، ذلك لأنه بموجب القانون الأساسي العراقي يكون للحكومة وحدها الحق في تحريك رقابة المحكمة العليا على دستورية القوانين ، فالمحكمة العليا لا تستطيع النظر في دستورية قانون ما إلا بإرادة ملكية تصدر بموافقة مجلس الوزراء (المادة ٨٣ من القانون الأساسي) ، ولا يكون للافراد الحق في الطعن مباشرة امام المحكمة العليا بعدم دستورية قانون كما لا يجوز لهم إثارة مثل هذا الدفع امام المحاكم العادية – على رأي أغلبية الفقه في العراق(٥٠).

وفي دستور ١٩٦٨ المؤقت نصت المادة (٨٧) منه على ان تشكل بقانون محكمة دستورية عليا ويكون قرارها ملزماً . أي ملزماً لجميع السلطات العامة في الدولة وللكافة من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية وذلك لورود النص مطلقاً والمطلق يؤخذ على إطلاقه . كما ان المادة (١/٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨ رتبت حكم الإلغاء على القانون المخالف لأحكام الدستور ، وحكم الإلغاء يفيد ضمناً ترتيب اثاره قبل جميع السلطات العامة والكافة من الأغيار . والتزام الكافة بحكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قانون أو بعض مواده لمخالفته للدستور ، مقتضاه التزامهم بترتيب جميع تصرفاتهم القانونية على أساس هذا الحكم ، والا استطاع المتضرر الحصول من القضاء على حكم ببطلان التصرفات المترتبة بالمخالفة لحكم المحكمة الدستورية العليا .

اما قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ ، وفي المادة (٤٤ / د) منه، جعل قرارات المحكمة الاتحادية العليا – ومن بينها قراراتها بعدم الدستورية – ملزمة ، أي ملزمة لجميع السلطات العامة في الدولة وللكافة من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، كما منحت المحكمة مطلق السلطة بتنفيذ قراراتها والتي من ضمنها اصدار قرار بازدراء المحكمة

وما يترتب على ذلك من اجراءات ، وهذا يعني ان على جميع السلطات العامة والأشخاص ان يلتزموا بحكم المحكمة الاتحادية العليا ومنها حكمها بعدم الدستورية وتنفيذه . فعلى الافراد ترتيب جميع تصرفاتهم القانونية بشكل لا يتعارض مع حكم المحكمة والا استطاع المتضرر الحصول على حكم ببطلان التصرفات المترتبة بالمخالفة لهذا الحكم ، كما ان المحكمة قد تستصدر قراراً بازدراء المحكمة وما يترتب على ذلك من اجراءات .

اما دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ ، فقد نصت المادة (٩٤) منه على ان " قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة " . ولا ندري هل اراد المشرع الدستوري ان تكون قرارات المحكمة الاتحادية العليا ملزمة للسلطات العامة فقط من دون الاشخاص الطبيعية والاعتبارية ، ام انه يقصد ضمناً إلزامها للكافة من الاشخاص ايضاً على أساس ان واجب الالتزام بأحكام المحكمة الاتحادية العليا ومنها أحكامها بعدم الدستورية ملزمة للافراد من باب أولى طالما اعتبرها ملزمة لكافة السلطات العامة في الدولة . ونعتقد ان التفسير الثاني أصوب وأقرب إلى الحقيقة ، لكن كان الأجدر بالمشرع ان يأتي بنص المادة واضحاً وصريحاً بهذا الشان وذلك بان يكون على الوجه الآتي : " قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة لجميع السلطات العامة وللكافة".

<u>المبحث الثاني : كيفية تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للمراكز القانونية السابقة على صدوره .</u>

يثير تنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية مشاكل كثيرة بالنسبة للمراكز القانونية السابقة على صدوره ، لاسيما اذا كان الحكم الصادر بعدم الدستورية ذا أثر رجعي ، وعليه سيتم بحث كيفية تنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية بالنسبة للمراكز القانونية السابقة على صدوره في مواجهة السلطات العامة وذلك في مطلب أول ، وفي مواجهة الكافة من الاشخاص الطبيعية والاعتبارية في مطلب ثان .

المطلب الأول : كيفية تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للمراكز القانونية السابقة على صدوره في مواجهة السلطات العامة .

في مصر وفي ضوء التعديل الوارد بالقرار بقانون رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨ ، فان الحكم الصادر بعدم الدستورية ينفذ بأثر رجعي مطلق (وهذا هو الأصل) ، أو مقيد يحدده حكم المحكمة الدستورية العليا – وذلك بالنسبة للمواد غير الضريبية – ، وبأثر فوري ومباشر بالنسبة للأحكام الصادرة في المواد الضريبية ، وبأثر رجعي مطلق بالنسبة للأحكام الصادرة في المواد الجنائية ، وذلك على التفصيل الذي بحثناه في الفصل السابق . وبالنسبة لعدم دستورية النصوص الجنائية فإن العقوبة الموقعة استناداً إلى نص جنائي قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته ، تعد كأن لم تكن ، حتى ولو كان الحكم الجنائي باتاً ، اما بالنسبة للمسائل غير الجنائية فتصطدم الرجعية بالحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الامر المقضي ، أو بانقضاء مدة التقادم، بحيث لا ينفذ الحكم بعدم الدستورية بالنسبة لهذه الحقوق والمراكز ، بل ستبقى على حالها ، كما لو لم يصدر حكم بعدم الدستورية بشأنها ، ولعل المشرع بذلك أراد المحافظة على حقوق الغير المكتسبة والمحافظة على حجية الأحكام التي تمنع إعادة الفصل في ذات الدعوى التي سبق الفصل فيها ، وتتطلب احترام الحكم الصادر في الدعاوى الاخرى التي يثار فيها مضمونه كمسألة أولية ، وبذلك يكون المشرع قد أوجد التوازن بين الشرعية والحقوق المكتسبة(٥١).

والسؤال الذي يطرح نفسه بهذا الصدد هل يستطيع المتضرر من النص المقضي بعدم دستوريته أن ينفذ هذا النص بمقابل ؟ أي هل يستطيع من سلبت حقوقه بنصوص قضي بعدم دستوريتها أن يلجأ إلى طريق التعويض ، إذا أستحال عليه التنفيذ العيني لأصطدامه بحكم حاز قوة الأمر المقضي او لانقضاء هذه الحقوق بالتقادم ؟

إن الإجابة التي تتفق مع طبائع الأمور ومسار العدالة هي بالإيجاب، فلو أخذنا قانون الإصلاح الزراعي وتعديلاته كمثال ، فلو أفترضنا أنه قد صدر حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قانون الاصلاح الزراعي وتعديلاته ، فإن هذا الحكم لن ينفذ بأثر رجعي ذلك أن المنتفعين بهذا

القانون ممكن أن يكونوا قد أكتسبوا ملكية الأراضي المستولى عليها بالتطبيق لقانون الإصلاح الزراعي ، سيكونون قد أكتسبوا ملكيتها بالتقادم الطويل المكسب للملكية (خمسة عشر عاماً) ، ان السؤال الذي سيطرح نفسه في هذه الحالة بالنسبة لهؤلاء المستولى على أراضيهم ماذا هم فاعلون ؟ ان أراضيهم تم الاستيلاء عليها بموجب قانون قضي بعدم دستوريته ثم هم لا يستطيعون استردادها (التنفيذ العيني) لأن واضعي اليد عليها اكتسبوا ملكيتها بالتقادم ، فكيف يمكن تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بالنسبة لهم ؟

يمكن القول ، إن هؤلاء الملاك ليس أمامهم الا طريق التنفيذ بمقابل وهو طريق التعويض، وان دعاوى التعويض سترفع في النظام الدستوري الحالي في مصر امام محاكم القضاء الإداري – وان كان هناك دعوة من بعض الفقه المصري إلى جعلها من اختصاص المحكمة الدستورية العليا –(٥٢)، فسترفع هذه القضايا امام محاكم القضاء الإداري بالتعويض ، وسيكون الخصوم في هذه الدعاوى الملاك من ناحية والدولة من ناحية اخرى (الوزير الذي يمثل الوزارة التي نفذت النصوص المقضي بعدم دستوريتها – وزير الزراعة مثلاً في حالة قانون الاصلاح الزراعي)، كما سيكون المدعى عليهم فيها الذين أكتسبوا الحقوق إستناداً الى النص المقضي بعدم دستوريته . . ويجب أن يحكم في هذه الدعاوى بالتعويض ولا يحاج في ذلك بأن الملاك حصلوا على تعويضات في حينه إذ كانت تعويضات رمزية . هذا فضلاً عن أن التطبيق القانوني السليم يقتضي أن يقدر التعويض بأسعار الوقت الذي قضي فيه بعدم الدستورية لا وقت الاستيلاء على هذه الأراضي ، والفرق بين السعرين كبير إذ يتم قياس ذلك على الحالة التي تستولي فيها الدولة على أراضي للمنفعة العامة بإجراءات باطلة ، إذ يقدر التعويض على أساس أسعار وقت صدور قرار الاستيلاء الصحيح لا وقت الاستيلاء المعيب ، ويمكن أن تؤسس مسؤولية الدولة عن التعويض على نظرية الخطأ وعلى مبدأ المساواة بين المواطنين في تحمل الأعباء العامة(٥٣).

إن الشيء الوحيد الذي يمكن أن تصطدم به فكرة مسؤولية الدولة عن التعويض هو المبدأ القائل بعدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية – إلا أن هذا المبدأ شهد تطوراً ملحوظاً على يد الفقه والقضاء المصريين أثمر عن اقرار مبدأ مسؤولية الدولة عن القوانين – ، وقد تعرض القضاء المدني في مصر بالفعل لدعوى المسؤولية عن القوانين على أساس الخطأ ، وفصل فيها اخيراً بالتعويض عن الاضرار التي تحدثها(٥٤).

إلا أن الواقع العملي يشير إلى غياب نظرية التعويض (مسؤولية الدولة عن القوانين) امام القضاء الدستوري عموماً وقضاء المحكمة الدستورية العليا خصوصاً ، إذ تقوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين على أساس قيام القضاء بمراقبة المشرع في وظيفته الخاصة بسن القوانين ، وينتهي دور هذه الرقابة بالقضاء بدستورية أو بعدم دستورية القانون محل الطعن ، من دون أن يمتد إلى بحث الأضرار المادية أو الأدبية التي قد تترتب كأثر من الآثار المباشرة لصدور هذا القانون.

ويرجع السبب الأساس في غياب نظرية التعويض أمام القضاء الدستوري إلى اعتبار هذا القضاء قضاء احتياطياً يختص ببحث مدى اتفاق أو مخالفة القانون للدستور ، من دون أن يمتد هذا الاختصاص إلى بحث العناصر الموضوعية للدعوى الأصلية المنظورة امام محكمة الموضوع ، والتي ثار بشأنها بحث عدم دستورية القانون كمسألة أولية لازمة للفصل في هذه الدعوى الأصلية.

ونتيجة لهذا السبب تخلو النصوص المنظمة لاختصاص القضاء الدستوري من اختصاصه بنظر دعوى المسؤولية عن القوانين ، باعتبارها تتطلب بحثاً موضوعياً في عناصر المسؤولية : الخطأ، والضرر ، وعلاقة السببية بينهما(٥٥).

على أن هذا السبب – ونحن نؤيد في وجهة النظر هذه – الدكتور حنفي علي جبالي ، يجب ألا يقف عائقاً دون اختصاص القضاء الدستوري

بدعوى المسؤولية ، ذلك لأنه اذا جاز القول بـامتناع هذا الاختصاص نظراً لطبيعة القضاء الدستوري الاحتياطية ، فان ذلك لا يمنع من إسناده إليه بنص خاص ، لاسيما وان هذا القضاء الدستوري يراقب عمل المشـرع من زاوية عنصر الخطأ المتمثل في مخالفة القوانين لأحكام الدستور(٥٦).

ولكن الاخذ بمبـدأ مسـؤولية الدولة عن القـوانين في إطار النظام القضائي الدستوري المصري يستوجب أمرين :

اولهما : اعتراف النظام القانوني المصري القائم بفكرة المسـؤولية عن القوانين ، وموضع هذا الاعتراف انما يكون في الدستور ذاته ، باعتبـار ان الأمر يتعلق باحدى السلطات العامة في الدولة من ناحـية ، وباعتبـار أن الدستور هو مصدر السلطات جميعاً من ناحية اخرى .

وثانيهما : اسناد الاختصاص بدعوى المسـؤولية في هذه الحـالة للقضاء الدستوري باعتباره القضاء المختص أصلاً بمراقبة القانون ، حتى اذا ما ثبت خطأ المشرع أمكن الحـكم بـالتعويض عن هذا الخطأ اذا ما توافرت سـائر شـروط المسـؤولية وهي الضرر وعلاقـة السببـية بـين الخطأ والضرر(٥٧).

وان اعتراف النظام القـانوني المصري بـدعوى المسـؤولية عن القوانين هو بمثابة استكمال لبنيان المشروعية في دولة القـانون بـاخضاع القانون لرقابـة التعويض إلى جانب رقابـة الإلغاء التي يعترف بـها النظام القانوني المصري ممثلة في الدعوى الدستورية . ومما لا شك فيه أن جمع كلتا الدعويين : دعوى المسؤولية والدعوى الدستورية امام ذات القضاء المختص برقابة القانون يؤدي إلى تحقيق فوائد جمة لا حـصر لها . نخلص من ذلك ان الحكم الصادر بعدم الدسـتورية ينفذ بـأثر رجعي على التفصيل السابـق ، والأصل أن ينفذ عيناً وذلك بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبـل صدور النص المقضي بعدم دستوريته ، الا انه في الحالات التي يمتنع فيها ذلك لاصطدامه بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو حق سقط بالتقادم ، ينفذ تنفيذاً بمقابل تلتزم به

الدولة بالتعويض تأسيساً على قاعدة مسؤوليتها عن القوانين ، مع ملاحظة أن الدولة تلتزم بذلك التعويض ايضا حتى لو نفذ الحكم بعدم الدستورية بصورة فورية ومباشرة (في المسائل الجنائية) تأسيساً على القاعدة نفسها وهي مسؤوليتها عن القوانين ، وأنه لا يمكن الاحتجاج بعدم وجود قاضٍ مختص إذ يستطيع ذلك الان مجلس الدولة ، واذا ما تم الاخذ باقتراح بعض الفقه من قبل المشرع الدستوري ، فان المحكمة الدستورية العليا يمكن ان تؤدي هذا الدور وذلك بناءً على نص دستوري بهذا الخصوص(٥٨).

اما في الولايات المتحدة الأمريكية فان الحكم الصادر بعدم الدستورية ينفذ بأثر رجعي مطلق (وهذا هو الأصل) ، وقد أعملت المحكمة الاتحادية العليا قاعدة الأثر الرجعي في معظم أحكامها الا انها وجدت ان إعمال هذه القاعدة على إطلاقها يؤدي إلى العديد من الإشكالات القانونية لاصطدام تنفيذ الحكم بأثر رجعي بالحقوق والمراكز القانونية الناشئة والمستقرة في ظل القانون قبل القضاء بعدم دستوريته ، وهذا دعا إلى التسليم بضرورة تقييد هذه القاعدة – الأثر الرجعي – بالحقوق والمراكز القانونية المستقرة استناداً إلى نظرية الموظف الفعلي التي استند اليها القضاء الأمريكي لتصحيح نشاط الموظفين والهيئات الإدارية التي أقيمت بمقتضى القانون الذي حكم بعدم دستوريته ، أو استناداً الى حسن نية ذوي الشأن وضرورة مراعاة جانبهم(٥٩).

والسؤال الذي يثار هنا ايضاً انه اذا لم يتمكن المتضرر من النص المقضي بعدم دستوريته ان ينفذ هذا النص عينياً فهل يمكن أن ينفذه بمقابل؟ أي هل يستطيع ان يلجأ إلى التعويض ، إذا استحال عليه التنفيذ العيني لاصطدام الحكم بعدم الدستورية بالحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره ؟ الإجابة على هذا السؤال تثير بدورها موضوع مسؤولية الدولة عن القوانين ، والواقع العملي يشير إلى ان الدول التي تعترف بفكرة خطأ المشرع – كالولايات المتحدة الأمريكية ومصر –، لا تعرف نظام المسؤولية

عن القوانين – في إطار النظام القضائي الدستوري – ، بل تؤدي نظرية خطأ المشرع دورها في مجرد إبطال العمل بالتشريع المخالف للدستور أو الامتناع عن تطبيقه ، دون ان يترتب على هذا الإبطال أو ذلك الامتناع تعويض المتضرر عن هذا التشريع . فهي لا تعرف نظرية المسؤولية عن القوانين بالرغم من اعتناقها فكرة خطأ المشرع(٦٠).

وفي العراق فانه بموجب القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ ، فان أحكام المحكمة العليا الصادرة بعدم دستورية قانون تعد ملغية من تاريخ صدور قرار المحكمة (م ١/٨٦) المعدلة ، أي ان هذه الأحكام تسري بأثر فوري ومباشر وليس بأثر رجعي ، ومن ثم تكون التصرفات والأحكام التي صدرت بالاستناد الى القانون المحكوم بعدم دستوريته في المدة السابقة على صدور حكم المحكمة العليا شرعية وصحيحة في آثارها كافة. ولقد علق على حكم هذه المادة في الفصل السابق وذكرنا بانه لا يتفق مع المبادئ القانونية المقررة فالحكم بعدم الدستورية هو حكم كاشف للمخالفة الدستورية وليس منشئاً لها ، إذ كيف يمكن ان ترتب آثار قانونية صحيحة على قانون باطل فالقاعدة العامة تقضي بان ما بني على باطل فهو باطل . وقد حاول المشرع الدستوري التخفيف من غلواء حكم هذه المادة (١/٨٦) فاستدرك وقال " ... على ان تقوم الحكومة بتشريع يكفل إزالة الاضرار المتولدة من تطبيق الأحكام الملغاة " ، وهذا يعني أن الحكومة ملزمة باستصدار تشريع يكفل عودة الأوضاع والمراكز القانونية التي تغيرت بسبب تطبيق القانون المخالف للدستور إلى ما كانت عليه قبل تطبيقه ، اذا أمكن ذلك ، أو على اقل تقدير تعويض الاشخاص الطبيعية والاعتبارية عن الاضرار التي لحقت بهم جراء تطبيق القانون المخالف للدستور في المدة السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية . ولا شك ان المشرع الدستوري بهذا الحكم توخى تحقيق العدالة والانصاف بحق الاشخاص الذين تضرروا من جراء تطبيق هذا القانون . إلا أن النص أغفل تحديد المحكمة المختصة بدعوى المسؤولية (دعوى

التعويض) فهل تكون المحاكم العادية أو المحكمة العليا نفسـها ، و الأجدر ان تكون هذه الدعوى من اختصاص المحكمة العليا نفسها المختصة بالرقابة على دستورية القوانين .

وفي ظل دستور ١٩٦٨ المؤقت ، نصت المادة (١/٦) من قـانون المحكمة الدستورية العليا رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨ على ان " .. و اذا قـررت بمخالفة القانون أو بعض مواده لأحكام الدستور أو مخالفة النظام أو المرسوم لسندهما القـانوني اصبـح القـانون أو الجزء المخالف منه وكذلك النظام أو المرسوم ملغى اعتباراً من تاريخ صدور القرار " . و هذا يعني انه يترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دسـتورية قـانون ، إلغاء ذلك القـانون اعتباراً من تاريخ صدور الحكم ، أي ان الحكم بـعدم الدسـتورية ينفذ بـأثر فوري مباشر وليس بأثر رجعي و هذا يجعل جميع التصرفات و الأحـكام التي صدرت استناداً إلى القانون في المدة السابقة على صدور حكم المحكمة بـعدم دستوريته شرعية وصحيحة في آثارها كافة. و السؤال الذي يطرح نفسه هنا ، هو ما الحكم بالنسبة للاشخاص (الطبـيعية أو الاعتبـارية) الذين تضرروا جراء تطبيق القانون المخالف للدستور في المدة السابقة على صدور الحـكم بعدم دستوريته، وابرز مثال يمكن ان يتم تصوره في هذه الحالة صدور حكم بعدم دستورية قانون بعد ان يكون المتهم قد أمضى كامل مدة العقوبة المقـيدة للحرية او جزءاً منها و المحكوم بها عليه بناءً على ذلك القانون الذي حكم بعدم دستوريته .في هذه الحالة ان تنفيذ الحكم بعدم الدستورية وفقاً للمادة (١/٦) من قانون المحكمة بأثر فوري ومباشر اعتبارا من تاريخ صدور الحـكم ، ومن دون أن تورد هذه المادة نصاً شبيهاً بـالنص الذي ورد في المادة (١/٨٦) من دستور ١٩٢٥ بضرورة استصدار الحـكومة تشـريع يكفل إزالة الاضرار المتولدة عن تطبيق القانون الملغي ، ان تنفيذ الحكم بهذا الشكل يعني استمرار سجن هذا المتهم بالرغم من أن عقوبته استندت إلى قانون غير دستوري و هذا منطق يجافي العدالة ويخل بمبدأ المساواة بين المواطنين .

اما قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ – وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ – الذي صدر استنادا اليه ، ودستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، فقد جاءا خاليين من تحديد الأثر المترتب علي حكم المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية نص تشريعي وهل يكون بأثر فوري ام رجعي ؟ وذكرنا في الفصل السابق ان تطبيق المبادئ الدستورية العامة في هذه الحالة تقضي أن يكون الحكم بعدم الدستورية كاشف للمخالفة الدستورية وليس منشئأ لها ، وعليه لابد أن يسري حكم الإلغاء بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدور القانون المحكوم بعدم دستوريته مع مراعاة الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية المستقرة. وعليه فان تنفيذ حكم المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية نص تشريعي يكون بأثر رجعي وهذا هو الأصل، اما في حالة اصطدام التنفيذ بالحقوق والمراكز المستقرة إذ يتعذر التنفيذ العيني فهنا لابد من التنفيذ بمقابل أي بتعويض الاشخاص الطبيعية والاعتبارية عن الاضرار التي لحقت بهم جراء تطبيق القانون المخالف للدستور ، ونقترح من جانبنا ان يكون موضوع دعوى المسؤولية من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا على أن يسند لها هذه المهمة بنص خاص وصريح ، طالما ان اختصاصاتها قد حددت من قبل المشرع الدستوري بصورة قاطعة ومانعة (م ٤٤/ب) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ ، و (م ٩٣) من دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥.

المطلب الثاني : كيفية تنفيذ الحكم بعدم الدستورية بالنسبة للمراكز القانونية السابقة على صدوره في مواجهة الكافة .

في مصر ، بينا في المبحث السابق ان الكافة ملتزمون بتنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا وذلك بعدم اللجوء إلى القضاء مستقبلا بمنازعة في نص قضي بعدم دستوريته ، وإلا فان الجزاء على ذلك هو الحكم برفض

الدعوى بالمنازعة في نص أو نصوص سبق وقضي بعدم دستوريتها . والذي نريد التركيز عليه في هذا المطلب هو كيفية تنفيذ الحكم بعدم الدستورية من قبل الكافة بالنسبة للمراكز القانونية السابقة على صدور هذا الحكم . بمعنى ان من حصل على حكم حاز قوة الأمر المقضي أو حصل على حق للغير سقط بالتقادم بناءً على نص قضي بعدم دستوريته سوف يكون ملتزما بتعويض صاحب الحق والتزامه هذا هو التزام لصاحب الحق فاذا أدته عنه الدولة اصبح التزامه هذا هو التزام للدولة . إذ لا يتصور مثلا ان يحصل شخص أو أشخاص على أراضي بالتطبيق لقانون الإصلاح الزراعي والذي افترضنا أنه قد يحكم بعدم دستوريته .ثم إذا قضي بعدم دستوريته ، لا يعقل ان يجابه من حصل على هذه الأراضي بانه قد حاز على حكم له قوة الأمر المقضي أو ان حق المالك قد سقط بالتقادم وانه من ثم لا يمكن التنفيذ عينياً ، ومع التسليم له بذلك فانه لا يقبل منه ان يدفع مسؤوليته عن تعويض صاحب الحق بانه سبق وان دفع تعويضات اذا كانت تعويضات رمزية قدرتها السلطة التنفيذية ، انما الوضع الصحيح للأمور هو أن من حصل على هذه الأراضي سيكون ملتزماً بالتعويض الذي تقدره المحاكم المختصة . والأساس القانوني لهذا التعويض الذي سيكون ملتزماً به هو الإثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الالتزام . ونتفق مع الدكتور إبراهيم حسنين(٦١)، في رأيه هذا إذ أن المالك الذي أستولي على أرضه تطبيقا لقانون الإصلاح الزراعي وتعديلاته يستطع إذا صدر من المحكمة الدستورية العليا حكم بعدم دستورية هذا القانون أن يرجع على الدولة إذا أصطدم التنفيذ العيني بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو حق سقط بالتقادم إعمالاً لمبدأ مسؤولية الدولة عن القوانين ، كما يستطيع الرجوع على المنتفع بالتعويض طبقاً لقاعدة الاثراء بلا سبب وذلك على أساس ان السبب القانوني لاثراء المثري زال بالحكم بعدم دستورية قانون الإصلاح الزراعي وتعديلاته ، وغدا إثراء المثري بلا سبب ، وحق للمفتقر (وهو المالك) أن يرجع على المثري (المنتفع) بدعوى الإثراء بلا سبب .

ونعتقد ان مثل هذا القول يصح تصوره بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية والعراق ، إذ هو يتفق مع القواعد العامة ومنطق الأمور .

هوامش الفصل الرابع

١- انظر د. ابراهيم محمد حسنين ، أثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية ، مرجع سابق ، ص ٢٣١

٢- انظر د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، مرجع سابق ، ص ٤٢٠

٣- القضية رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية "دستورية" ، جلسة ٤ مايو ١٩٨٥ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الثالث، ص ٢٠٩ وما بعدها

٤- انظر د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، مرجع سابق ، ص ٤٠٧

٥-انظر د. رفعت عيد سيد ، مرجع سابق ، ص ص ٤٠٧ - ٤٠٨

٦-القضية رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" ، جلسة ٨ يوليو ٢٠٠٠ مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء التاسع، المجلد الاول ، ص ٦٦٨ وما بعدها.

٧-انظر د. رفعت عبد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، مرجع سابق ، ص ٤٠٩

٨- القرار بقانون رقم (١٦٧) لسنة ٢٠٠٠ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٧ مكرر ، ١٢ يوليو ٢٠٠٠ ، ص٣

٩- انظر د. محمود أحمد زكي ، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية ، مرجع سابق، ص ٦٨٠

١٠- انظر د. إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه و القضاء ، مرجع سابق ، ص٥٩٧

١١- القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ ،مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الرابع ,ص ٢٥٦ وما بعدها.

١٢- ينظر د. عبد الحميد حسن محمد ، حماية الحقوق و الحريات في أحكام المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق، ص ص٤٥٨ - ٤٥٩

13-Texas v. Johnson , 109 S.ct . 2533 (1989)

نقلا عن روبرت أ. كارب ورونالد ستيدهام ، الاجراءات القضائية في أمريكا ، ترجمة علا ابو زيد ، ط١، الجمعية المصرية

لنشر المعرفة و الثقافة العالمية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص٤٣٩.
14- United States v. Eichman ,110 S.ct . 2404 (1990)
نقــلا عن روبــرت أ. كارب و رونالد ســتيدهام ، الاجراءات القضائية في امريكا ، ص ٤٣٩
١٥- د. وودرو ولسن ، الحــكومة الدســتورية في الولايات المتحــدة ، تعريب وديع الضبع ، ١٩٢٤ ، ص١٩٣
١٦- ينظر روبرت أ. كارب ورونالد ستيدهام ، الاجراءات القضائية في امريكا ، مرجع سابق ، ص ٤٤٠
17- Heatchoock and Claude; the U.S. Constituition in Perspective, 1est. Ed, The Curtis Publishing Company , U.S.A., 1962, PP.265-266
18- Brown v. Board of Education of Topica, 374. U.S. 483 (1954)
نقلاً عن د. محمد فرج محمد الفقي ، الرقابة على دستورية القــوانين في ليبيا ، مرجع سابق ، ص ٢٢١ هامش (٣).
١٩- انظر روبرت أ. كارب ورونالد ستيدهام ، الإجراءات القضائية في أمريكا ، مرجع سابق ، ص ص ٤٤١ - ٤٤٢
٢٠- ينظر د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات مرجع سابق ، ص ٣١٠
٢١- انظر د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدســتورية ، مرجع سابق ، ص ص ٤٢١ - ٤٢٢ ، د. صبري محمد السنوسي محمد ، آثار الحكم بعدم الدستورية ، مرجع سابق ، ص ص ٦٦ - ٦٧
٢٢- لقضية رقم ٣٨ ل ١ قضائية " دستورية " ، جلســة ٣ يناير ١٩٨١ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الثالث ، ص١٠٢
٢٣-انظر د. إبراهيم حسين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه و القضاء ، مرجع سابق ، ص ٦١٧ ، ولنفس المؤلف ، اثر الحــكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية ، مرجع سابق ، ص ٢٤٥
٢٤- القضية رقم ٧ لسنة ١٤ قضائية "منازعة تنفيذ " ، جلســة ١٩ يونيو

١٩٩٣ ، مجموعة أحـــــكام م.د.ع ، الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص٥٢٣ وما بعدها.

٢٥- انظر د. هشام محمد فوزي ، رقابـــة دســـتورية القـــوانين ، مرجع سابق، ص ٣١٢

٢٦- انظر روبرت أ. كارب و رونالد ستيدهام ، الاجراءات القـــضائية في امريكا ، مرجع سابق ، ص ٣٧٣

٢٧- انظر روبرت أ. كارب و رونالد ستيدهام ، الاجراءات القضائية في امريكا ، مرجع السابق ، ص ص ٤٤٥ - ٤٤٦، جيروم أ. بـــارون و س. توماس دينيس ، الوجيز في القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص ص ٢١٥ - ٢١٦

٢٨- ينظر د. وجدي ثابت غبريال ، حماية الحرية في مواجهة التشريع ، مرجع سابق ، ص ١٧٩

٢٩- انظر د. ابراهيم محمد حسنين ، أثر الحكم بعد دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقـــوق السياســـية ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٦١ ، وللمؤلف نفسه ، أثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الاهلية ، مرجع سابق ، ص ٢٣٩ و د. محمود أحمد زكي ، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، مرجع سابق ، ص ٦٨٠

٣٠- انظر د. صبري محمد السنوسي ، آثار الحكم بـــعدم الدســـتورية ، مرجع سابق ، ص ٦٦

٣١- انظر د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدســـتورية ، مرجع سابق ، ص ص ٤٢٢ - ٤٢٣

٣٢-انظر روبرت أ. كارب و رونالد ستيدهام ، الاجراءات القضائية في امريكا ، مرجع سابق ، ص ٤٣١

٣٣- انظر د. هشام محمد فوزي ، رقابة دســـتورية القـــوانين ، مرجع سابق ، ص ٣١١

٣٤- انظر روبرت أ. كارب و رونالد ستيدهام ، الاجراءات القـــضائية في امريكا ، مرجع سابق ، ص ٤٣٢

٣٥-انظر د. ياسين محمد حمد العيثاوي ، دور المؤسسات الدســـتورية والقوى السياسية في صنع القرار السياسي الأمريكي ، رسالة دكتوراه

مقدمة الى كلية العلوم السياسية – جامعة بغداد – ، ٢٠٠٥ ، ص ٤٦ ، و انظر لاري الويتز ، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية ، ترجمة جابر سعيد عوض ، ط ١ ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة و الثقافة العالمية ، القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص ٢٢٨

٣٦– انظر د. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ٣١٢

٣٧– ينظر روبرت أ. كارب و رونالد ستيدهام ، الاجراءات القضائية في امريكا ، مرجع سابق ، ص ص ٤٣٦ – ٤٣٧

38–Criswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) نقلا عن روبرت أ. كارب و رونالد ستيدهام ، المرجع السابق نفسه ، ص ٤٥٩ هامش (٢٤).

39–Roe V. Wade 314 F. supp. 1217 (1970) نقلا عن المرجع السابق نفسه ، ص ٤٥٩ هامش (٢٥).

٤٠– انظر د. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ٣١١

٤١– انظر د. إبراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه و القضاء ، مرجع سابق ، ص ٦١٨؛ و د. محمود أحمد زكي ، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية ، مرجع سابق ، ص ٧١٥

٤٢– القضية رقم ١١ لسنة ٤ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٩٨٥/١٢/٢١ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الثالث ، ص٢٢٣ ، وبالمعنى نفسه انظر القضية رقم ٥ لسنة ٢ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٩٨٥/١٢/٢١ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الثالث ، ص ٤٠٥

٤٣– و لا يكون للمحكمة الاتحادية العليا الخروج على هذه السابقة الا لاعتبارات معينة غاية في الأهمية ، راجع ص ص ———— من الكتاب.

٤٤– انظر روبرت أ. كارب و رونالد ستيدهام ، الاجراءات القضائية في أمريكا ، مرجع سابق ، ص ٤٤٥

٤٥– ينص هذا الشرط على ان " ... و لا يحل لولاية ان تضع قانوناً من شأنه أن ينتقص من المزايا و الحصانات التي يتمتع بها مواطنو الولايات المتحدة ، و لا ان تحرم شخصاً من الحياة أو الحرية أو من ملكيته ، وذلك دون اتباع الوسائل القانونية السليمة ، و لا يحق لها أن تحرم احدا

خاضعاً لسلطانها من المساواة في الحماية أمام القوانين " . د. محمد فرج محمد الفقي ، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا ، مرجع سابق ص ٢٢٢

46–Engel v. Vitale, 370 U.S. 421 (1962)

نقلا عن روبرت أ. كارب ورونالد ستيدهام ، الاجراءات القضائية في امريكا ، مرجع سابق ، ص ٤٦٢ هامش (٦٣).

47–Abingtion School District v. Schem PP, 374 U.S. 203 (1963).

نقلا عن المرجع السابق نفسه ، ص ٤٦٢ هامش (٦٤).

48– Wallace v. Jafree, 472 U.S. (1985)

نقلا عن المرجع السابق نفسه ، ص ٤٦٢ هامش (٦٥).

٤٩– انظر روبرت أ. كارب ورونالد ستيدهام ، الاجراءات القضائية في امريكا ، مرجع سابق ، ص٤٤٨

٥٠– انظر د. حسن محمد ابو السعود ، مذكرات في اصول القانون، مرجع سابق ، ص ٣٨١ ، د. عبد المجيد عباس ، أصول القانون، مرجع سابق ، ص ٢٧١ ، د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية ، ط٢ ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٦٦ ص ص ١٣١ – ١٣٣ ، ولـ د. علي محمد آل ياسين ، رأي مخالف بهذا الصدد راجع مؤلفه : القانون الدستوري والنظم السياسية ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٤ ، ص ص ١٢٦ – ١٢٩

٥١– انظر د. محمود أحمد زكي ، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية مرجع سابق ، ص ص ٧١٦ – ٧١٧

٥٢– من انصار هذا الاتجاه د. إبراهيم حسنين ، و د. رمزي الشاعر إذ يقول هذا الاخير "وكنا نود لو أن قانون انشاء المحكمة الدستورية العليا الذي صدر في ٢٩ من أغسطس سنة ١٩٧٩ جعل الاختصاص بالتعويض عن اعمال السلطة التشريعية من اختصاص المحكمة الدستورية العليا باعتبارها المحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين " . انظر د. رمزي الشاعر ، قضاء التعويض (مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص٥٩ ، و د. ابراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص ٦٣١

٥٣- انظر د. ابراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص ص ٦٣١ - ٦٣٢

٥٤- حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية ، والصادر بجلسة ١٩٨٦/١/٢٥ في الدعوى رقم ٥٧٢ لسنة ١٩٨٤ نقلا عن د. حنفي علي جبالي ، المسؤولية عن القوانين "دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ، ١٩٨٧ ، ص ٤٣٠ ، هامش (١).

٥٥- انظر المرجع السابق نفسه ، ص٦٦٥

٥٦- انظر مرجع سابق، ص ٦٦٦

٥٧- انظر المرجع السابق نفسه ، ص ٦٦٨

٥٨-انظر د. إبراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص ٦٤٦.

٥٩- انظر د. شعبان أحمد رمضان ، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ص ٦٢٣ - ٦٢٤ ، و د. احمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مرجع سابق ، ص ص ٢٢٣ - ٢٢٤

٦٠- انظر د. حنفي علي جبالي ، المسؤولية عن القوانين ، مرجع سابق ص ٤٧٤

إلا ان لـ د. السيد محمد مدني رأي مخالف بهذا الصدد إذ يذهب إلى أن نظام الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية المتبع في أمريكا وما يترتب عليه من امتناع المحاكم عن تطبيق التشريع الذي ترتأي عدم دستوريته، " ان هذا النظام يمكن المحاكم الأمريكية من الحكم بالتعويض ايضاً اذا ألحق التشريع الذي ارتأت المحاكم عدم دستوريته أضرارا لمن طعن فيه " انظر د. السيد محمد مدني ، مسئولية الدولة عن أعمالها المشرعة (القوانين واللوائح) في القانون المصري - دراسة مقارنة - ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٢ ، ص ٢١٩

٦١- انظر د. إبراهيم حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص٦٤٧.

الفصل الخامس

دور الحكم بعدم دستورية نص تشريعي في حماية الحقوق والحريات العامة

الفصل الخامس

دور الحكم بعدم دستورية نص تشريعي في حماية الحقوق والحريات العامة

الحريات العامة هي الحريات المعترف بها في مواجهة الدولة مما يلزم معه أن تتدخل السلطة العامة لفرض الحماية القانونية لها ، و إلقاء واجبات عليها – أي على السلطة – للتمكن من مباشرتها . وبغير ذلك تظل الحرية في نطاق ما يسمى "بالحق الطبيعي "ويترتب على إضفاء الحماية القانونية على الحرية اختلاط معناها بمعنى الحق وتداخل المعنيين في مضمون مشترك . ذلك أن التزام الدولة والغير بسلوك إيجابي في مواجهة صاحب الحق ، هو من مميزات الحق . فاذا توافرت هذه الخاصية للحرية سميت بانها حرية عامة ، واختلطت بالحق ، هذا بالإضافة إلى أن كلا من الحق والحرية يعطي لصاحبه إمكانية أو صلاحية ممارسته باختياره . لهذا فإن الحريات تعد حقوقاً فيقال بالحق في الحرية فالحريات تندرج تحت مفهوم الحقوق وتتميز في قدرة صاحبها في اختيار منحى معين في ممارسة بعض الحقوق . وبناء على ذلك فإن الحريات والحقوق من واد واحد وفقا لتقسيمات الحقوق ، وتلتزم الدولة بتوفيرها والتمكين لها(١).

وقد سارت الدساتير الحديثة في اتجاه تضمين الحقوق والحريات في صلبها ، وكان الهدف من ذلك أن تكفل القواعد الدستورية – الأسمى مرتبة من التشريعات العادية – هذه الحقوق والحريات . اذ ان وجود الدستور ونصه على حقوق وحريات معينة يعطي هذه الحقوق والحريات صفة دستورية. ومن ثم فإنه يجعلها – في الأصل – بعيدة عن يد الممارسين للسلطة ويجعل من هذه الحقوق قيداً على السلطات العامة في الدولة لا يجوز لها أن تتخطاه إلا في الحدود والأوضاع والطرق التي يرسمها الدستور نفسه أو ما يحيل إليه من قوانين إذا فرض وأجاز الدستور مثل تلك الإحالة . ومن هنا فإن الإقرار

الدستوري للحقوق و الحريات بالنص عليها في صلبه أو في مقدمته – التي لها ايضا قيمة دستورية – يجعل هذه الحقوق و الحريات تتمتع بالحماية الدستورية ، بحيث إذا اعتدى المشرع على هذه الحقوق و الحريات بان أنتقص منها أو أهدرها من خلال تشريعاته التي يصدرها فان هذه التشريعات تكون عرضة للحكم عليها بعدم الدستورية . و اذا كان الأمر كذلك فان أثر أحكام القضاء الدستوري يمثل محور الارتكاز الرئيسي في حماية الحقوق و الحريات(٢).

وقد ميزت الدساتير بين نوعين من الحقوق و الحريات العامة : حقوق وحريات عامة لا تقبل التنظيم او التقييد ، وحقوق وحريات عامة نص الدستور على تنظيمها بقانون . و النوع الأول " الحقوق و الحريات المطلقة " هي الحقوق و الحريات التي غالباً ما يقرها الدستور بنصوصه التقريرية وينظمها على نحو نهائي . اما النوع الثاني من الحقوق و الحريات العامة التي نص الدستور على تنظيمها بقانون ، فهي التي يقدر واضعوا الدستور منذ البداية انها تخضع للتنظيم عن طريق قوانين عادية تصدر من البرلمان ، فالمبدأ في هذه الحالة انها تخضع للتنظيم من قبل المشرع العادي . و الدستور إذ أجاز للمشرع تنظيم هذه الطائفة من الحقوق و الحريات ، إلا أنه ايضا أقرها من حيث المبدأ ، و لا مفر عند التدخل لتنظيمها أن يؤكد التشريع هذا الإقرار الدستوري ، ومن ثم لا يستطيع نفيه أو مصادرته . كما يلتزم المشرع بعدم جواز الإنتقاص من الحق أو الحرية ، بحيث إذا فعل ذلك وخرج عن نطاق التنظيم يكون تشريعه مخالفاً للدستور(٣).

وهنا يبرز دور القضاء الدستوري ، من خلال أحكامه بعدم الدستورية ، كضمانة لمراعاة المشرع للقواعد الدستورية الكافلة للحقوق والحريات العامة .

وقد أدت المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية – قضاء دستوري غير متخصص – دوراً حيوياً في حماية الحقوق و الحريات العامة وتحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين وحماية حقوق الملونين(٤)،

باعتبارها هي أداة لحل الخلافات بين حقــوق المواطنين وحقــوق المجتمع. واستطاعت من خلال أحكامها بعدم دستورية التشريعات الماســة بالحقــوق والحريات العامة أن تلقي بظلالها على الحياة القــانونية في تلك البــلاد وأن تصبح هي الحامي للدستور والحافظ لحقوق الافراد وحرياتهم(٥).

كما اســتطاعت المحــكمة الدســتورية العليا في مصر – قــضاء دستوري متخصص – في مدة وجيزة إذا ما قورنت بحياة المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية ، ان تؤكد وجودها وتثبت بما لا يدع مجالا للشك انها حارس قوي وأمين على أحكام الدســتور ومبــادئه خصوصاً ما تعلق منها بحقــوق الأفراد وحرياتهم ، وانها أثرت من خلال أحــكامها بــعدم الدســتورية على جوانب من الحياة العامة تأثيراً ايجابياً وجعلت من سيادة القانون حقيقة واقعة وليس مجرد شعار عام(٦).

اما القضاء الدستوري في العراق ، فان أحــكامه بــعدم دســتورية التشريعات المتعلقة بالحقوق والحــريات العامة تكاد تكون نادرة ، إذ لا يوجد سوى حكم وحيد صدر في ظل القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ من قبل المحــكمة العليا بــصدد مخالفة المادتين (٤ و ٥) من قــانون منع الدعايات المضرة رقم (٢٠) لسنة ١٩٣٨ . فقد منحت المادة (٤) من القــانون المذكور مجلس الوزراء صلاحية منع الشخص من الاقــامة في مكان أو أمكنة معينة داخل العراق ووضعه تحت المراقبة ، وذلك اذا اقتنع المجلس بناء على تقرير وزير الداخلية ان هذا الشخص (العراقــي) قــام بــدعاية مضرة . اما المادة الخامسة فنصت على أن "يفصل الموظف من وظيفته عند تطبيق أحكام المادة الرابعة بحقه ويجوز إعادة توظيفه بعد إلغاء القرار وانتهاء المدة". ان فرض الإقامة على شخص ما أو وضعه تحت مراقبة الشرطة يعد قيداً على الحــرية الشخصية مما يوجب ان تنظم هذه الإجراءات بقــانون تنســجم أحــكامه مع نصوص الدستور . إلا أن أكثرية المحكمة العليا رأت ان المادة (٤) من قانون منع الدعايات مخالفة لأحكام الدستور لأنها أناطت صلاحيات قضائية بسلطة

تنفيذية (مجلس الوزراء) في حين ان المادة (٧٣) من القانون الأساسي أناطت حق القضاء على جميع الأشخاص في كل الدعاوى والأمور الجزائية والمدنية ، التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها ، بالمحاكم المدنية . وبما ان المادة (٥) تستند في حكمها للمادة (٤) فهي مخالفة للدستور ايضاً .

ولبيان دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة السياسية والاقتصادية والاجتماعية في ضوء الأحكام الصادرة من القضاء الدستوري المقارن ، سيتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي :

المبحث الأول : دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات السياسية

يقصد بالحقوق السياسية الحقوق التي تخول المواطنين حق الاشتراك في شؤون الحكم بطريقة مباشرة ، أو غير مباشرة ، وهي تتمثل في حق الانتخاب ، وحق الترشيح ، وحق الاستفتاء حول القضايا العامة ، والحق في تأسيس الأحزاب السياسية والانضمام اليها . والتمتع بهذه الحقوق يكون مقصوراً على المواطنين وحدهم ، أي الذين يحملون جنسية الدولة ، من دون الاجانب كأصل عام(٧).

ولاشك ان هذه الحقوق والحريات لها الضرورة الاولى فهي الأساس وهي السياج لممارسة وإعمال بقية الحريات الاخرى ، إذ بدونها تصبح الحريات الاخرى مجرد منحة يمكن للسلطة والسلطان ان يستردوها إن ارادوا ، وأن هذه الحريات لا يمكن ان تتحقق فعلا إلا في ظل الحريات الاحرى ، وهي في الوقت نفسه تمثل ضماناً قوياً وسياجاً متيناً للحريات العامة باعتبارها الاطار الذي يتسع ليضم بين جنباته حريات الوطن والمواطن(٨).
ولاهمية هذه الحقوق والحريات ، يسعى القضاء الدستوري إلى حمايتها من خلال أحكامه بعدم دستورية التشريعات التي تحاول إهدارها أو الانتقاص

منها . ولبيان دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق و الحريات السياسية في القضاء الدستوري المقارن سيتم تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب ، على النحو الآتي:

المطلب الأول : دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات السياسية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية .

يتم ضمان الحرية السياسية عن طريق مشاركة المواطنين في الحكم عن طريق حقهم في الانتخاب و الترشيح وحقهم في تأسيس الأحزاب السياسية و الانضمام اليها .

أولاً : حق الانتخاب.

اما عن حق الانتخاب فقد منح الدستور الأمريكي الولايات صلاحية وضع الشروط الخاصة بممارسة حق الانتخاب . و لا يحد الدستور من هذه الصلاحية الا حين ينص على عدم جواز تجريد المواطنين من حق الانتخاب ، وعلى عدم جواز إنكار حق ممارسته بدون سبب مشروع(٩).

ويمنع التعديل الخامس عشر (١٨٧٠) حرمان شخص ما من حق الانتخاب على أساس العرق او اللون او حالة الرق السابقة ، ويمنع التعديل التاسع عشر (١٩٢٠) إنكار هذا الحق على أساس الجنس ، ويمنع التعديل الرابع و العشرون (١٩٦٤) إنكار حق الاقتراع أو الانتقاص منه بسبب التخلف عن دفع ضريبة التصويت او أي ضريبة اخرى ، كما يمنع التعديل السادس و العشرون (١٩٧١) إنكار هذا الحق او الانتقاص منه لمواطني الولايات المتحدة الذين بلغوا سن الثامنة عشر وما فوق ويعد التمييز غير المشروع بين فئات المقترعين غير دستوري ، على أساس انه يتعارض مع ما كفله التعديل الرابع عشر (١٨٦٨) من حماية المواطنين حماية متساوية امام القانون(١٠).

وعلى الرغم من احتواء الدستور الأمريكي على هذه المبادئ

السامية فيما يتعلق بحق الانتخاب ، إلا أن التطبيق العملي لنصوصه قد اعترضه ثمة ممارسات تتناقض تناقضاً تاماً مع هذه المبادئ ، ولقد كان للمحكمة الاتحادية العليا دور فاعل في التصدي لمثل هذه الممارسات من خلال أحكامها بعدم دستورية التشريعات التي تنطوي على مخالفة للمبادئ التي جاء بها الدستور والمتعلقة بحق الانتخاب . ولعل من أبرز هذه الممارسات التي تصدت لها المحكمة الاتحادية العليا هي:-

- ان العديد من الولايات ان لم يكن جميعها - في بادئ الأمر - قد حرصت على استبعاد طوائف معينة من ممارسة الحقوق السياسية وكان على رأس تلك الجماعات الهنود الحمر والزنوج ، وهو الأمر الذي يتنافى مع مبادئ العدالة والمساواة التي وضعهما الدستور نصب عينيه. فقد عمدت بعض الولايات إلى اعتماد سبل للتهرب من تطبيق نصوص الدستور وذلك من خلال وضع عقبات إجرائية أو قانونية لإبعاد الزنوج عن صناديق الاقتراع . من هذه السبل: اشتراط توطن الاجداد ، وضريبة الرؤوس - أي الضريبة التي يدفعها كل فرد يريد الاقتراع - ، ومعرفة القراءة والكتابة . إلا أن المحكمة الاتحادية العليا قضت بعدم دستورية كل حيلة شرعية من شأنها تأييد أو خلق التفرقة العنصرية(١١).

على سبيل المثال في قضية، Lane v. Wilson (12) رفع مواطن أسود من أوكلاهوما دعوى في المحكمة الفيدرالية مدعياً انه قد حرم من حقه في التصويت ، وفي عام ١٩١٦ أصدرت الهيئة التشريعية لهذه الولاية قانوناً تمت صياغته ليعطي للمواطنين السود الذين كانوا محرومين مسبقاً من حقوقهم المدنية حق التصويت . وهذا كان يتطلب منهم ضرورة تسجيل اسمائهم - ولكن مدة التسجيل كانت اثنى عشر يوماً، (كان المصوتون البيض معفيين عملاً من هذا النظام وذلك من خلال استخدامهم "بند الجد ")(١٣). إذا لم يقم السود بالتسجيل خلال هذه المدة القصيرة . فانهم لن يتمتعوا ابداً بعد ذلك بحق التصويت- . ولقد أدركت الهيئة التشريعية لولاية أوكلاهوما بوضوح

أن مدة الاثني عشر يوماً لم تكن كافية بـالمرة لوصول الزنوج إلى سـجلات التصويت وان الغالبية العظمى لن تحصل على هذا الحق . والمدعي في هذه القضية لم يصل إلى سجلات المصوتين عام ١٩١٦ . وعندما حرم بـعد ذلك من حق التصويت للأبد ، رفع دعوى مدعياً أن أسلوب التسجيل في أوكلاهوما غير دستوري . ولقد اتفقت المحكمة الاتحـادية العليا مع المدعي على ذلك ، وعندما حكمت بعدم دستورية التشريع وضعت المبدأ الآتي " التعديل الخامس عشر يلغي أساليب التمييز المعقدة منها أو البسيطة"(14).

وفي قضية هاربر ضد مجلس الانتخابات بولاية فرجينيا Harper v. Virginia State Board of Elections، اعتبرت المحـكمة أن ضرائب الولاية على الاقتراع تتعارض مع التعديل الرابع عشر ، حيث قضت " **إذ انه يكفي القول أنه بـمجرد منح حـق الانتخاب للناخبـين فلا يجوز أن توضع خطوط لا تتفق مع فقرة الحماية المتساوية ... وحـيث إن الثروة أو دفع رسم ليس لهما أية علاقة بقدرة المرء على ان يشارك بذكاء في العملية الانتخابية، فإن ضريبة التصويت تنتهك فقرة الحماية المتساوية"(15).**

– وضماناً لنزاهة وجدية الإجراءات الانتخابـية أوجب الدسـتور الأمريكي ان يكون لكل ولاية عدد من الممثلين في مجلس النواب متناسباً مع تعدادها السكاني ، وان يعدل عدد الممثلين كل عشر سنوات حسبـما يتراءى للكونكرس وبالتالي فان الاختصاص بعملية تقسيم وتوزيع المقـاعد الخاصة بمجلس النواب وإعادة النظر فيها هي من اختصاص الكونكرس وحـده . اما فيما يتعلق بالدوائر الانتخابية المحلية الخاصة بكل ولاية على حدة فقد أنيطت إلى السلطة التشريعية المحلية ، إذ يجري العمل على منح مشـرعي الولايات السلطة الكاملة في عملية تقسيم الدوائر الانتخابية كل في نطاق ولايته من دون أن يحق للحكومة المركزية أن تتدخل في هذا الشأن(١٦).

وقد دأب مشـرعو الولايات ولمدة طويلة من تاريخ دولة الاتحـاد الأمريكي على عدم مراعاة مبـادئ العدالة والانصاف وهم بـصدد قـيامهم

بعملية تقسيم الدوائر ، إذ كثيرا ما كان يعمد المشرع في كل ولاية إلى رسم تلك الدوائر بصورة تعسفية وذلك لمصلحة سكان المناطق أو التجمعات الريفية البيض على حساب مصالح سكان المدن الملونين ، مما حذا ببعضهم إلى اللجوء إلى المحكمة الاتحادية العليا للطعن بعدم دستورية تشريعات تقسيم الدوائر القائمة وقتئذ استناداً إلى انتهاكها لمبدأ المساواة في الحماية القانونية الذي تضمنه وأوجب مراعاته التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي . لكن المحكمة الاتحادية العليا رفضت الدخول في هذه المسألة ، حيث أنها كانت تتجنب تقليدياً القضايا التي تتعلق بتوزيع المقاعد التشريعية على اعتبار انها مسائل "سياسية "تقع خارج نطاق سلطات المحاكم(١٧).

ظلت المحكمة الاتحادية العليا متمسكة برأيها هذا لمدة ثمانية عشر عاماً وذلك حتى عدلت عنه نهائيا بموجب حكم تاريخي صادر عنها في عام ١٩٦٢ في قضية(١٨) Baker v. Carr، حيث قررت صراحة نفي الصبغة السياسية عن عملية تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية ، ومن ثم أجازت الطعن القضائي فيها بدعوى عدم الدستورية إذا ما تضمن التشريع الصادر بشأنها ثمة ما يعد انتهاكاً لمبدأ المساواة في الحماية القانونية (١٩). ومنذ صدور الحكم في هذه القضية الاخيرة ، دأبت المحكمة الاتحادية العليا على التصدي لنظر الطعون المقدمة ضد أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية سواء كانت متعلقة بالانتخابات التشريعية المحلية ام الفيدرالية .

ومن أحكامها بهذا الخصوص، حكمها في قضية Gray v. Sanders (1963) وقضية Reynold v. Smis (1964)(20) حيث اعتبرت المحكمة الاتحادية العليا أن فقرة الحماية المتساوية تتطلب أن المقاعد في كلا المجلسين بالهيئة التشريعية ذات المجلسين للولاية يجب أن تقسم على أساس مبدأ "شخص واحد ، صوت واحد " (٢١). أي انه يجب أن يكون عدد سكان كل دائرة انتخابية مساوياً لعدد سكان الولاية مقسوماً على عدد الدوائر . وبهذا المبدأ أرست المحكمة الاتحادية العليا تغييراً جذرياً في التمثيل في

الولايات المتحدة ، ناقـلة القـوة السياسـية من المناطق الريفية إلى المناطق الحضرية ، ولاسيما إلى ضواحي المدن . نتيجة لذلك أصبحت اكثرية الناس قادرة على انتخاب أكثرية أعضاء الهيئات التشريعية . وخلال وقت قـصير جداً استطاعت اكثرية الولايات أن تعيد مقاطعاتها الانتخابية لمجالس الولاية ، كما للكونكرس الفيدرالي بطريقة منصفة(٢٢).

وفي عام ١٩٧٣ عرضت على المحكمة الاتحـادية العليا القـضية المعروفة Whight v. Regester وهي خاصة بالقانون الصادر في مقاطعتي دلاس وبيكر في ولاية نيو مكسيكو ، فقد رأت المحكمة أن نظام الدوائر متعددة العنصرية الذي تضمنه القانون كان يستهدف أضعاف القوة التصويتية للسود والأمريكيين من أصل مكسيكي لأدنى حد ممكن بـما يضمن استبـعادهم من المشاركة في الأنشطة النيابية ، وتوصلت بالتالي إلى الحكم بعدم دستوريته . وقد سارت المحكمة الاتحادية العليا في نهجها هذا في بعض القضايا الحـديثة نسبياً كما هو الحال في قضية Mobile عام ١٩٨٠ ، وقـضية Davis v. Bandemer عام ١٩٨٦(٢٣).

ثانياً : حق الترشيح.

وفيما يتعلق بحق الترشيح ، فقد حدد الدسـتور الأمريكي الشروط الواجب توافرها في كل من المرشح لعضوية مجلس النواب (المادة الأولى / الفقرة الثانية) ، والمرشح لعضوية مجلس الشيوخ (المادة الأولى / الفقرة الثالثة) ، والمرشح لمنصب الرئيس (المادة الثانية / الفقـرة الأولى)، وتكاد تكون هذه الشروط منحصرة في شروط السن ، والاقامة ، والمواطنة . وقد أضيف اليها شرط آخر بموجب الفقرة الثالثة من التعديل الرابـع عشـر للدستور هو أن لا يكون قد أشترك في تمرد أو عصيان ضد الولايات المتحدة أو قدم مساعدة أو تسهيلات لاعدائها .

وقد أرست المحكمة الاتحادية العليا العديد من المبادئ المهمة وهي

بصدد تصديها للقضايا المتعلقة بحق الترشيح ، لعل من ابرزها :-

- قانون أية و لاية يضعف من قدرة الشخص ليصبح مرشحاً لمنصب عام بسبب عنصره ، هو قانون غير دستوري لانتهاكه التعديل الرابع عشر و الخامس عشر .

قضية Georgia v. United States (1973) وقضية Gomillion v. Lightfoot(1960)(24).

- الدستور يحظر على الولايات من إملاء مرشحين معينين بصورة مباشرة ، أو تقديم تشجيع غير رسمي لهم ، أو تقديم تسهيلات لهم ، أي التمييز في المعاملة بين الاشخاص المرشحين اعتماداً على أساس العنصر .

قضية Hamm v. Virginia State Bd. Of Elections (1964) ، وقضية(25). Tancil v. Woolls(1964)

- الولاية لا تستطيع ان تخصص في ورقة الاقتراع أي من المرشحين أسود وايهم أبيض لان مثل هذا التخصيص يثبت بسهولة أسلوب التمييز العنصري قضية Anderson v. Martin(1964) (26)

- إن شرط وجوب دفع رسم الترشيح هو غير دستوري لانه يخالف فقرة الحماية المتساوية في التعديل الرابع عشر لاسيما اذا ما تم تطبيقه على المرشحين الفقراء .

قضية Carter v. Bullock(1972)

وقضية(27). Lubin v. Panish(1974)

- ليس ثمة علاقة منطقية بين تملك الشخص ملكية خاصة وبين قدرته على فهم قضايا مجتمعة. فوضع الشخص الاقتصادي و عدم تملكه ملكية خاصة لا يعكس بالضرورة افتقاره إلى المعرفة بالقضايا العامة او بقضايا مجتمعة – تقدمه ورفاهيته – .

قضية، Turner v. Fouche(1970)

وقضية(28). Quinn v. Millsap (1989)

ثالثاً : حق تأسيس الأحزاب السياسية والانضمام اليها.

وفيما يتعلق بالحق في تأسيس الأحزاب السياسية (٢٩) والانضمام اليها ، فان دستور الولايات المتحدة الأمريكية لم يشر أبداً إلى الأحزاب السياسية(٣٠). علماً بان أول نشأة للأحزاب يشار اليها في الولايات المتحدة الأمريكية في النصف الأول من القرن التاسع عشر. ومعلوم ان نظام الحزبين هو المعتمد فيها ويتجلى تطبيقه بوجود الحزبين الرئيسيين الجمهوري والديمقراطي في الحكم سواء على مستوى رئاسة الجمهورية ام على مستوى الانتخابات التشريعية فيها (٣١). وهناك بطبيعة الحال أحزاب سياسية اخرى بجانب الحزبين الرئيسيين فهناك الاشتراكيون ، والعمال الاشتراكيون. وعلى الرغم من الأسس الديمقراطية التي قام عليها الدستور الأمريكي إلا أن القائمين على السلطة في الولايات المتحدة ، ونتيجة لتخوفهم من الشيوعية أثر قيام الثورة البلشفية في روسيا ، لجأوا إلى المشرع العادي من أجل إصدار تشريعات مناهضة للحزب الشيوعي . وقد صدرت بالفعل قوانين عديدة في هذا الشأن ، منها القانون الاتحادي الصادر في عام ١٩٤٠ والذي يطلق عليه " قانون تسجيل الاجانب " أو "قانون سميث " ، وقانون "تافت هارتلي " الصادر في عام ١٩٤١ " ، وقانون " حماية الأمن الداخلي " الصادر في عام ١٩٥٠ ، وقانون " الرقابة على الشيوعية " الصادر في عام ١٩٥٤ وهو القانون الذي وضع الحزب الشيوعي خارج حماية القانون(٣٢).

ويلاحظ ان موقف المحكمة الاتحادية العليا في أمريكا تجاه هذه التشريعات ، قد مر بمرحلتين :

المرحلة الاولى : في هذه المرحلة أنكرت المحكمة الاتحادية العليا الاتجاهات التشريعية المناهضة للحزب الشيوعي ، حيث رأت ان وضع العراقيل امام النشاط السلمي للحزب الشيوعي ينطوي على انتهاك خطير لمبادئ العدالة والمبادئ الديمقراطية التي أرساها الدستور الأمريكي. وقد تجلى موقفها هذا في حكمها الصادر في قضية Saenderman والذي أكدت

فيه " أن العضوية في الحزب الشيوعي لا تتناقض مع الولاء للولايات المتحدة والمتعلق بمبادئها الدستورية"(33).

اما المرحلة الثانية : فقد بدأت مع ازدياد حدة التوتر في العلاقات الأمريكية – السوفيتية إبان الحرب الباردة ، حيث عدلت المحكمة الاتحادية العليا عن موقفها السابق واتخذت موقفاً معاكساً تماماً أقرت بموجبه موقف المشرع الأمريكي المناهض للشيوعية وللحزب الشيوعي باعتبار ان اعضائه يعملون لمصلحة حكومة معادية اضرارا بمصالح الولايات المتحدة(٣٤).

<u>المطلب الثاني : دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر .</u>

تضمن الدستور المصري النص على العديد من الحقوق السياسية كالحق في الترشيح والانتخاب وإبداء الرأي في الاستفتاء ، والحق في تأسيس الاحزاب السياسية والانضمام إليها وغيرها من الحقوق السياسية الاخرى . وقد تراوح التنظيم الدستوري لتلك الحقوق بين الإجمال والتفصيل ، فأحياناً يتناول المشرع الدستوري تنظيم بعض الحقوق السياسية تنظيماً مفصلا واحياناً اخرى يكتفي بوضع بعض المبادئ والضوابط العامة ويترك للمشرع تنظيم الحق المعني في إطارها شريطة الا يؤدي هذا التنظيم الى إهدار الحق او الانتقاص منه بما يفرغه من مضمونه(٣٥).

ولقد كان مجال الحقوق والحريات السياسية من اكثر المجالات التي برزت فيها اعتداءات السلطة التشريعية تحت ستار تنظيمها بما يخالف أحكام الدستور . وفي هذا المضمار أدت المحكمة الدستورية العليا دوراً محوريا وبارزا في حماية الحقوق والحريات السياسية للمواطنين ورد افتئات السلطة التشريعية عليها ، من خلال ارسائها للعديد من المبادئ والضوابط التي يتعين على المشرع التزامها حال تنظيمه للحقوق والحريات العامة ، ومنها أن القواعد التي يضعها المشرع تنظيما للحقوق العامة – ومنها الحقوق السياسية – يتعين الا تؤدي إلى مصادرتها او الانتقاص منها ، والا تخل القيود التي يفرضها القانون في مجال هذا التنظيم بمبدأي تكافؤ الفرص والمساواة المنصوص عليها في المادتين ٨ ، ٤٠ من الدستور(٣٦).

أولاً : حق الانتخاب والترشيح .

بالنسبة لحق الانتخاب والترشيح ، فقد نصت المادة (٦٢) من الدستور المصري النافذ لعام ١٩٧١ على ان "للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي والاستفتاء وفقاً لأحكام القانون ومساهمته في الحياة العامة واجب وطني" مما يفيد أن هذه الحقوق السياسية المنصوص عليها في هذه المادة ، عدها الدستور من الحقوق العامة التي حرص على كفالتها وتمكين المواطنين من ممارستها لضمان إسهامهم في اختيار قياداتهم وممثليهم في إدارة دفة الحكم ورعاية مصلحة الجماعة ، على أساس ان حقي الانتخاب والترشيح هما حقان متكاملان لا تقوم الحياة النيابية بدون أيهما ولا تتحقق للسيادة الشعبية أبعادها الكاملة إذا هما افرغا من المضمون الذي يكفل ممارستهما ممارسة جدية وفعالة.(٣٧)

ولقد حرصت المحكمة الدستورية العليا على كفالة الحق في الانتخاب والترشيح لجميع المواطنين، سواء أكانوا من بين المنتمين للأحزاب السياسية أم كانوا من المستقلين ، وسواء كان ذلك في مجال الانتخابات التشريعية أم في مجال الانتخابات المحلية . ومن بين الأحكام المهمة في هذا الصدد حكمها الصادر في ١٦ مايو ١٩٨٧ ، والتي طلب المدعي الحكم فيها بعدم دستورية المواد الخامسة مكررا والسادسة " فقرة ١ " والسابعة " فقرة ١ " من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ لما تضمنته تلك المواد من قصر الحق في الترشيح لعضوية مجلس الشعب على المنتمين إلى الأحزاب السياسية من دون غيرهم بما يعني حرمان طائفة من المواطنين وهم غير المنتمين إلى الأحزاب السياسية من حق كفله لهم الدستور في المادة (٦٢) منه ، وهو الامر الذي يخل بمبدأي تكافؤ الفرص والمساواة المنصوص عليهما في المادتين ٨ ، ٤٠ من الدستور(٣٨).

ولقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المواد سالفة الذكر لحرمانها طائفة من المواطنين – وهم غير المنتمين إلى الأحزاب السياسية – من حق كفله لهم الدستور . كما أكدت المحكمة من خلال حكمها هذا على بعض المبادئ الرئيسية كانت أساساً بعد ذلك لحكم مماثل

بعدم دستورية قانون انتخابي آخر جاء بعده ، ومن أهم هذه المبادئ :

- "إن الحقوق السياسيــية المنصوص عليها في المادة (٦٢) من الدستور ، ومن بينها حق الترشيح الذي عنى به الدســتور بــالنص عليه صراحة مع حقي الانتخاب وإبداء الرأي في الإستفتاء ، اعتبــرها الدستور من الحقوق العامة التي حرص على كفالتها وتمكين المواطنين من ممارستها ، وان القواعد التي يضعها المشــرع العادي لا يجوز عن طريق تنظيم تلك الحقوق ان تنتهي إلى الانتقاص منها او مصادرتها .

- " ان مؤدى المواد الخامســة مكررا ، والســادة فقــرة(١)، والسابعة عشرة من القانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقــانون رقم (١١٤) لسنة ١٩٨٣ المطعون عليها ، أن المشرع حين نص على أن يكون إنتخاب أعضاء مجلس الشــعب عن طريق الإنتخاب بالقــوائم الحزبية ، وما استتبع ذلك من النص على اعتبار صورة قائمة الحــزب الذي ينتمي اليه المرشح المثبت بها إدراج أسمه فيها شرطاً حتمياً لقبول طلب تشريحه ، يكون قد قصر حق الترشيح لعضوية مجلس الشعب على المنتمين إلى الاحزاب السياسية ، وحــرم بــالتالي غير هؤلاء من ذلك الحق دون مقتضى من طبيعته ومتطلبات مباشرته.

- " ولما كان حــق الترشــيح من الحقــوق العامة التي كفلها الدستور للمواطنين في المادة (٦٢) منه ، ومن ثم ، فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحــق ينطوي على إهدار لأصله ، كما ينطوي على إخلال بمبدأي تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون ، ويشكل بــالتالي مخالفة للمواد(٨ ، ٤٠ ، ٦٢) من الدستور.

- " إن تنظيم المشرع لحــق المواطنين في الترشــيح لا يعني إطلاقٍ سلطته – أي المشرع – لكي يتحــلل من الضوابــط الدســتورية وصولاً إلى هدم الحق نفسه او الانتقاص منه . ان تنظيم المشرع لحــق المواطنين في الترشيح لا ينبغي له أن يعصف بــهذا الحــق أو ينال منه على نحو ما فعلته النصوص المطعون فيها ، إذ تعرضت لحقــوق عامة كفلها الدستور وحرمت منها طائفة من المواطنين فجاوز المشرع دائرة تنظيم الحقوق إلى إهدارها ، الأمر الذي لا يسمح به الدســتور ، ومن ثم حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النصوص المطعون فيها لمخالفتها للدستور " (٣٩).

ثانياً : حق تأسيس الأحزاب السياسية والانضمام اليها .

اما عن الحق في تأسيس الأحزاب السياسية والانضمام اليها ، فيمكن القول انه بعد ان كان النظام السياسي المصري يقوم على فكرة التنظيم السياسي الواحد ممثلا في الاتحاد الاشتراكي العربي ، تطورت الأوضاع والأحداث بشكل أدى إلى الابتعاد عن فكرة التنظيم السياسي الواحد والاستعاضة عنه بنظام تعدد الأحزاب ، إذ تم تعديل المادة الخامسة من الدستور بموجب التعديل الدستوري في ٢٢ مايو ١٩٨٠ ليصير نصها على النحو الآتي "يقوم النظام السياسي في جمهورية مصر العربية على أساس تعدد الاحزاب وذلك في إطار المقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع المصري المنصوص عليها في الدستور . وينظم القانون الاحزاب السياسية".(٤٠)

وقد حاول المشرع – تحت ستار التنظيم – أن يفرغ النص على التعددية من مضمونه بحيث يجعل من التعددية أمراً صورياً عن طريق تضمين القانون المنظم للأحزاب لعدد من الشروط التعسفية بما يحول بين بعض المواطنين وممارسة هذا الحق ، بيد أن المحكمة الدستورية العليا وقفت ضد كل المحاولات الرامية إلى إهدار هذا الحق او النيل منه مقررة انه اذا كان للمشرع تنظيم الحرية الحزبية إلا أن هذا التنظيم لا يجوز أن يصل إلى إهدارها او النيل منها.(٤١)

ومن أحكامها المهمة في هذا الصدد حكمها الصادر في ٧ مايو ١٩٨٨ ، والتي طعن فيها بعدم دستورية البندين الثاني والسابع من المادة الرابعة من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ الخاص بنظام الأحزاب السياسية . وتتلخص وقائع هذه القضية ان أحد المواطنين بصفته وكيلاً عن طالبي تأسيس الحزب الناصري قد تقدم إلى لجنة شؤون الأحزاب السياسية ، التي انشأها القانون المذكور اعلاه ، طالباً تأسيس الحزب الناصري . إلا أن اللجنة رفضت طلبه هذا لسببين " أولهما " ، أن البرنامج المقترح للحزب الناصري لا يتميز تميزاً ظاهراً عن برنامج حزب التجمع الوطني التقدمي ، ومن ثم ، يكون طلب التأسيس مخالفاً للبند ثانياً من القانون رقم (٤٠) لسنة ١٩٧٧ بتنظيم الأحزاب الذي يتطلب ذلك ، وثاني هذه الاسباب

، ان أحد مؤسسي الحزب الناصري كان قد وقع على بيان يتضمن الدعوى إلى تحبيذ اتجاهات تتعارض مع معاهدة السلام المصرية الإسرائيلية ، وبالتالي يكون طلب التأسيس لهذا الحزب مخالفاً للبند السابع من القانون رقم (٤) لسنة ١٩٧٧ المشار إليه لاشتراطه الا يكون من بين مؤسسيه أو قياداته من تتوافر ضده أدلة جدية على قيامه بالدعوة لمبادئ أو أعمال تتعارض مع معاهدة السلام بين مصر واسرائيل .(٤٢)

وقد طعن مقدم الطلب امام المحكمة الدستورية العليا على البندين الثاني والسابع من المادة (٤٠) من القانون المذكور ، مقرراً أن حكم المادة سابعا ينطوي على مصادرة لحرية التعبير عن الرأي بالمخالفة لنص المادة (٤٧) من الدستور . وهو ما أيدته فيه المحكمة الدستورية العليا إستناداً إلى المادة الخامسة من الدستور والمعدلة بتاريخ ٢٢ مايو ١٩٨٠ – المقررة بان يقوم النظام السياسي في مصر على أساس تعدد الأحزاب – . اما بالنسبة للبند الثاني من المادة (٤٠) من القانون والتي تتطلب التمايز في برامج الأحزاب وأساليبها في تحقيق برامجها ، فإن هذا الشرط يتصف بالعمومية والتجريد ويراعي الصالح العام ويقوم على شروط موضوعية وينطبق على جميع المواطنين بما لا يؤدي إلى مصادرة حق أي منهم أو الانتقاص منه ، ولا يخل بمبدأي تكافؤ الفرص والمساواة ، وبالتالي فإن البند ثانيا من المادة (٤) لا يخالف نصوص الدستور .(٤٣)

وقد أرست المحكمة الدستورية العليا بمقتضى هذا الحكم المبادئ الدستورية الآتية:

– "ان حرية الرأي هي من الحريات الأساسية التي تحتمها طبيعة النظام الديمقراطي وتعد ركيزة لكل حكم ديمقراطي سليم ، إذ يقوم هذا النظام في جوهره على مبدأ أن " السيادة للشعب وحده ، وهو مصدر السلطات " ، وهو ما أكده الدستور القائم بالنص عليه في المادة الثالثة منه .. ولا شك ان مبدأ السيادة الشعبية يقتضي أن يكون للشعب – ممثلا في نوابه أعضاء السلطة التشريعية – الكلمة الحرة فيمًا يعرض عليه من شئون عامة ، وأن يكون للشعب أيضاً باحزابه ونقاباته وأفراده رقابة شعبية فعالة يمارسها بالرأي الحر والنقد البناء.

- "تعد حرية الرأي ضرورة لازمة لمباشرة الحقوق السياسية وإمكان المساهمة بهذه الحقوق العامة في الحياة السياسية مساهمة فعالة كحق تكوين الأحزاب السياسية وحق الانضمام اليها وحق الانتخاب والترشيح وابداء الرأي في الاستفتاء. وإذ كانت حرية الرأي تعد من الدعامات الأساسية التي تقوم عليها النظم الديمقراطية الحرة .. ، فقد غدت من الأصول الدستورية الثابتة في كل بلد ديمقراطي متحضر وحرصت على توكيدها الدساتير المصرية المتعاقبة . وقررها الدستور القائم بالنص في المادة ٤٧ منه على أن " حرية الرأي مكفولة ، ولكل انسان التعبير عن رأيه .. " ولئن كان الدستور قد كفل بهذا النص " حرية التعبير عن الرأي " بمدلوله الذي جاء عاماً مطلقاً ليشمل الرأي في مختلف المجالات السياسية والاقتصادية الاجتماعية ، فإنه مع ذلك قد خص حرية الآراء السياسية برعاية أوفى لما لها من ارتباط وثيق بالحياة السياسية وبسير النظام الديمقراطي في طريقه الصحيح.

-" لما كان ذلك وكان البند [سابعا] من المادة الرابعة من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ الخاص بنظام الأحزاب السياسية فيما تضمنه من اشتراط " الا يكون بين مؤسسي الحزب أو قياداته من تقوم أدلة جدية على قيامه بالدعوة أو المشاركة في الدعوة أو التحبيذ أو الترويج بأية طريقة من طرق العلانية لمبادئ أو اتجاهات أو أعمال تتعارض مع معاهدة السلام بين مصر واسرائيل التي وافق عليها الشعب في الاستفتاء بتاريخ ٢٠ أبريل سنة ١٩٧٩ " ، لما كان مؤدى هذا النص هو حرمان فئة من المواطنين من حقهم في تكوين الأحزاب السياسية حرماناً أبدياً وهو حق كفله الدستور حسبما يدل عليه لزوماً نص المادة الخامسة منه ، وقد رتب النص المطعون عليه - في شق منه - هذا الحرمان على أخذ هؤلاء الاشخاص بارائهم التي تتعارض مع معاهدة السلام بين مصر واسرائيل سالفة الذكر ، فان هذا النص يكون قد انطوى على اخلال بحريتهم في التعبير عن الرأي وحرمانهم مطلقاً ومؤبداً من حق تكوين الأحزاب السياسية بما يؤدي إلى مصادرة الحق وإهداره ويشكل بالتالي مخالفة للمادتين ٥ و ٤٧ من الدستور"(٤٤).

وانتهت المحكمة في حكمها هذا إلى عدم دستورية البند [سابعاً] من المادة الرابعة من القانون المشار اليه .

المطلب الثالث : دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات السياسية في القضاء الدستوري العراقي.

ان جميع الدساتير العراقية التي أخذت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين – بل وحتى تلك التي لم تأخذ بهذه الرقابة – ، دأبت على إدراج الحقوق والحريات السياسية كالحق في الانتخاب والترشيح في صلبها . الا ان المشرع كثيراً ما كان يعمد إلى افراغ النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات السياسية ، على وجه الخصوص ، من محتواها . ولم تؤد المحكمة المختصة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين أي دور في التصدي لافتئات السلطة التشريعية على هذه الحقوق والحريات ، على النحو الذي سيتم بيانه فيما يأتي:

أولاً : وفقا للقانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ .

في القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ نصت المادة السادسة والثلاثون على ان " يتألف مجلس النواب بالانتخاب بنسبة نائب واحد عن كل عشرين الف نسمة من الذكور " . كما نصت المادة الثانية والاربعون على أن " لكل رجل عراقي اتم الثلاثين من العمر ولم يكن له احد الموانع المنصوص عليها في المادة (٣٠) ان ينتخب نائباً ." وقد عمدت القوانين الانتخابية المنظمة لحق الانتخاب وحق الترشيح إلى تقييده ، فقانون انتخاب النواب لسنة ١٩٢٤ جعل حق الانتخاب مقيداً بشرط الثروة التي يحوزها المواطن (م٣/ف٧) . اما قانون انتخاب النواب رقم ١١ لسنة ١٩٤٦ ، فقد الزم المرشح ان يودع لصندوق القضاء مبلغ مائة دينار كتأمينات ويكون هذا المبلغ ايراداً لبلدية القضاء فيما اذا لم يحصل المرشح على ١٠% من اصوات المنطقة ، وكان هذا المبلغ يشكل في حينه حاجزاً ومانعاً من ترشيح عدد من ممثلي الطبقات ذوي المستوى الاقتصادي الضعيف لجسامة المبلغ في تلك المرحلة(٤٥). وقد سار بذات الاتجاه

مرسوم انتخاب النواب رقم ٦ لسنة ١٩٥٢ (م ٣٦/ ف ١) وكذلك قانون أنتخاب النواب رقم ٥٣ لسنة ١٩٥٦ (م ٢٦/ف ١) .

ونصت المادة الثانية عشر من القانون الأساسي على ان " للعراقيين حرية ابداء الرأي والنشر و الاجتماع وتأليف الجمعيات و الانضمام اليها ضمن حدود القانون " . وقد خضعت الأحزاب السياسية للأحكام نفسها المتعلقة بالجمعيات في ما يتعلق بشرط التأسيس وغيرها . وعند دراسة القوانين المنظمة لهذا الحق يتضح انها عمدت إلى تقييده في أضيق الحدود ، فقد منحت هذه القوانين (قانون تأليف الجمعيات لعام ١٩٢٢ ، الذي ألغي بموجب المادة ٢٩ من مرسوم الجمعيات رقم ١٩ لسنة ١٩٥٤ ، الذي ألغي ، بموجب المادة ١ من قانون الجمعيات رقم ٦٣ لسنة ١٩٥٥)(٤٦) ، السلطة التنفيذية سلطة البت في تأسيس الجمعيات (ومنها الأحزاب السياسية)، وبذلك يكون تأسيس الجمعية أو الحزب متوقفاً على أذن السلطة التنفيذية، فليس هناك مادة دستورية تحدها أو هيئة قضائية تملك صلاحية تقييدها(٤٧). نخلص من ذلك إلى انه على الرغم من إقرار القانون الأساسي العراقي للحقوق والحريات السياسية للمواطنين إلا ان المشرع في تنظيمه لهذه الحقوق قد افرغها من مضمونها اما بإهدارها أو بالانتقاص منها . ولم تؤد المحكمة العليا دورها المنشود في حماية هذه الحقوق والحريات من خلال أحكامها بعدم الدستورية. وهذا شكل بطبيعة الحال نقطة سوداء في جبين المشروعية وسيادة القانون .

ثانياً : وفقاً لدستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ المؤقت .

اما دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ المؤقت ، فقد أقر هو الآخر الحقوق والحريات السياسية للمواطنين ومنها حق الانتخاب إذ نصت المادة ٤٠ على ان " الانتخاب حق للعراقيين ينظمه القانون ، ومساهمتهم في الحياة العامة واجب وطني " . كما نظم الدستور حق تكوين الأحزاب السياسية والانضمام اليها بموجب المادة ٣٣ منه ، إذ جاء فيها " حرية تكوين الجمعيات والنقابات بالوسائل المشروعة وعلى أسس وطنية مكفولة في حدود القانون " . وعلى الرغم من ان دستور ١٩٦٨ قد كفل

حق تأسيس الأحزاب السياسية من خلال كفالته للحق في تأسيس الجمعيات ، ونظم قانون الجمعيات رقم ١ لسنة ١٩٦٠ أحكامه ، الا انه لم تؤسس أية أحزاب سياسية في ظل هذا الدستور . ولم تمارس المحكمة الدستورية العليا التي أنشئت في ظل هذا الدستور اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين للأسباب التي ذكرت في موضع سابق من البحث . وبالتالي فان هذه النصوص الدستورية المتعلقة بكفالة الحقوق والحريات السياسية قد بقيت حبراً على ورق .

ثالثاً : وفقاً لقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.

اما قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ ، فقد نصت المادة الثالثة عشرة منه في الفقرة ج " .. ، كما أن الحق بحرية تشكيل النقابات والأحزاب والانضمام اليها وفقاً للقانون ، هو حق مضمون " ، والمادة العشرون نصت على أن " أ. لكل عراقي تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في قانون الانتخاب ان يرشح نفسه للانتخابات ويدلي بصوته بسرية في انتخابات حرة ، مفتوحة ، عادلة ، تنافسية ودورية . ب. لا يجوز التمييز ضد أي عراقي لاغراض التصويت في الانتخابات على أساس الجنس أو الدين أو المذهب أو العرق أو المعتقد أو القومية أو اللغة أو الثروة أو المعرفة بالقراءة والكتابة " . وبذلك يكون قانون إدارة الدولة العراقية قد كفل بنصوصه أهم الحقوق والحريات السياسية من خلال إدراجها في صلبه . إلا انه نظراً لقصر المدة التي تم فيها نفاذ هذا الدستور فان المحكمة الاتحادية العليا التي أنشئت بموجبه لم تتمكن من ممارسة دورها في حماية هذه الحقوق والحريات.

رابعاً : وفقاً لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

اما عن الحقوق والحريات السياسية في دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، فقد نصت المادة ٢٠ منه على أن " للمواطنين رجالا ونساءً، حق المشاركة في الشؤون العامة ، والتمتع بالحقوق السياسية ، بما فيها

حق التصويت و الانتخاب و الترشيح " . كما نصت المادة ٣٩ منه على ان " اولاً – حرية تأسيس الجمعيات و الأحزاب السياسية ، او الانضمام اليها ، مكفولة ، وينظم ذلك بقانون ، ثانيا – لا يجوز أجبار أحـد على الانضمام الى أي حزب أو جمعية أو جهة سياسية ، أو أجباره على الاسـتمرار في العضوية فيها " . و نأمل ان تتخذ المحكمة الاتحادية العليا خطوات ايجابية فعالة في كفالة هذه الحقوق و الحريات السياسية من خلال أحكامها بـعدم الدستورية .

المبحث الثاني : دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقـوق و الحريات الاقتصادية.

ان من أصعب المشاكل التي واجهها القضاء الدستوري في مسـألة الحقوق و الحريات هي تلك المتعلقة بالحقوق و الحريات الاقتصادية . هذه الصعوبة تتمخض عن التناقض القوي ما بين حقوق الفرد الاقتصادية من جهة وحقوق المجتمع التي تتولى رعايتها الدولة و السهر على حمايتها في سبيل تحقـيق المصلحـة العامة من جهة اخرى(٤٨). و لما كانت الملكية الخاصة تعد عصب الحياة الاقتصادية باعتبارها ثمرة النشـاط الفردي ، و حـافزه إلى الانطلاق و التقـدم ، فضلاً عن كونها مصدراً من مصادر الثروة القـومية التي يجب تنميتها و الحـفاظ عليها. لذا دأب القـضاء الدستوري المقارن على حماية حق الملكية من التشـريعات المختلفة التي يسنها المشرع هنا و هناك تحت ستار المصلحـة العامة، وذلك من خلال الحكم بعدم دستورية مثل هذه التشـريعات. ولبـيان دور الحـكم بـعدم الدستورية في حماية الحقوق و الحريات الاقتصادية في القضاء الدستوري المقارن ، سيقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب ، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول : دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقـوق و الحريات الاقتصادية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية .

كان لأحكام المحكمة الاتحادية العليا دور متميز في حماية الحقـوق و الحريات الاقـتصادية، و ذلك من خلال حـماية النصوص الدسـتورية

الواردة بشأنها ، فقد تضمن دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٧٨٩ والتعديلات الواردة عليه ، العديد من النصوص الدستورية التي تحد من سلطة الكونكرس والسلطات التشريعية المحلية في تنظيم الحقوق والحريات الاقتصادية على وجه العموم وحق الملكية على وجه الخصوص .

أولاً : حماية حق الملكية الخاصة بتطبيق فقرة الالتزام التعاقدي.

ذهبت الفقرة العاشرة من المادة الأولى من الدستور الأمريكي إلى انه لا يحق لأية ولاية أن تصدر أي قانون من شأنه إضعاف الالتزامات التعاقدية . وقد تكون هذه الالتزامات التعاقدية على شكل ترتيبات بين الدائن والمدين ، أو بين صاحب الملك والمستأجر ، أو بين صاحب العمل والعامل ، أو حتى بين الحكومة وأفراد الشعب . لذا يعد نص هذه الفقرة أقوى حماية للملكية الخاصة.(٤٩)

وخلال العقود الأولى من حياة الدستور الأمريكي شكلت فقرة الالتزام التعاقدي ، أحد اقسام الدستور التي تقاضى الناس بسببها أكثر من أي فقرة اخرى . ولعل من أشهر أحكام المحكمة الاتحادية العليا التي عملت على كفالة نص هذه الفقرة هي حكمها في قضية Dartemooth v. Couleig الذي جاء فيه : " **ان ميثاق تأسيس جامعة خاصة يشكل عقداً ، وبعد صدوره لا يحق لأي ولاية أن تنتقص منه**"(٥٠).

وقد جاء التعديل الرابع عشر للدستور (١٨٦٨) ليؤكد مبدأ حرية التعاقد ووجوب اتباع الاجراء الواجب (شرط الوسائل القانونية السليمة) لحماية هذا المبدأ " .. لا يجوز لأي ولاية ان تحرم شخصاً من حقه في الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون تطبيق القانون على الوجه الاكمل"(٥١). وقد تعرضت المحكمة الاتحادية العليا عام ١٨٩٧ في قضية Allgeyer v. Louisiana لهذا المبدأ، وقررت في حكمها ان " **حماية الحرية الواردة في التعديل الرابع عشر لا تعني حماية الفرد من العدوان المادي على شخصه فحسب ، وإنما تشمل فوق ذلك حق الفرد**

في التمتع بثمرات مواهبه وفي استغلالها بكافة الوسائل المشــروعة ، وفي أن يعيش ويعمل حيث يشاء مكتسبا قــوته بــأي طريق مشــروع ومتمتعاً ، في سبــيل ذلك ، بحــق الدخول في أي تعاقــد يختاره ويراه ضرورياً ومناسبا لتحقيق شيء من هذه الأغراض " .(٥٢)

وقد أستعملت المحكمة الاتحادية العليا هذا المبدأ – حرية التعاقــد – كأساس للقــضاء بــعدم دســتورية العديد من التشــريعات الصادرة من الولايات والعديد من التشــريعات الاتحــادية ، لانطوائها على مســاس بالملكية أو بحرية التعاقد بغير مراعاة الوسائل القــانونية الســليمة . ومن أحكامها بهذا الصدد حــكمها في القــضية Lochner v. New York (1905) وفي هذه القضية كان على المحكمة أن تبحث دستورية قــانون أصدرته ولاية نيويورك يمنع تشغيل العمال في المخابز اكثر من ســتين ساعة اسبوعياً ، أو عشر ساعات يومياً . وقررت المحكمة " **أن الســلطة البوليسية للولايات سلطة محدودة بحدود الدستور ، والقول بــغير ذلك يقضي على حريات الافراد ويجعل لحكومات الولايات ســلطة تحــكمية تتعارض مع مبدأ الحكومة الدستورية(53).** "

وتنتهي المحكمة إلى أن التشريع المطعون فيه – في تقدير المحكمة – منبت الصلة بحماية الأغراض التي تزعم الولاية أنه وضع لتحقيقــها – وهي صحة العمال ، اذ ان الهدف التشــريعي الحقيقــي ، من وجهة نظر المحكمة ، كان تنظيم عقود العمل الخاصة مما لا يدخل في نطاق الســلطة البوليسية للولاية – ، والتشريع يجاوز كل حد معقــول لســلطات الولاية البوليسية ، ويخل بحرية العمال في التعاقد مخالفاً بذلك شــرط الوســائل القانونية السلمية.(٥٤)

وفي عام ١٩٢٣ تصدت المحــــكمة للقـــضية المهمة المعروفة Adkins v. Children's Hospital إذ عرض عليها قانون أصدره الكونكرس يقضي باشتراط حد أدنى لأجور النســاء والاطفال في اقــليم كولومبيا ، وينشئ لهذا الغرض مكتباً إدارياً للأجور يتمتع بسلطة تقديرية واســعة في تحــديد هذه الأجور الدنيا. وصرح القــانون في مقــدمته أن الغرض منه هو "حـــماية النســـاء والاطفال مما يترتب على انخفاض

أجورهم من أخطار تهدد صحتهم وأخلاقهم ، وتحول بينهم وبين المحافظة على مستوى لائق من المعيشة " (٥٥). وقـد حـكمت المحـكمة في هذه القضية بعدم دستورية ذلك القانون على أساس مخالفته لشـرط الوسـائل القانونية السليمة الواجب اتباعه لحماية حق الملكية والمنصوص عليه في التعديل الخامس والتعديل الرابع عشر .

فقد لاحظت المحكمة ان هذا القانون يركز حمايته على جانب واحد من أطراف العقد متجاهلاً مصلحة الطرف الآخر وهو رب العمل ، وذلك أنه يلزمه بدفع قدر أدنى من المال تبعاً لحاجة العامل ومصلحـته بـغض النظر عما يتقاضاه رب العمل عن هذا الأجر من عمل العامل . كما عدت ان منع العقود التي تلتزم الحدود المتفق عليها بين العمال وأصحاب العمل حول الأجر وسـاعات العمل يعد عدواناً على حـرية العمال في التعاقـد بالشـروط التي يرونها(٥٦). ويذهب رأي في الفقـه إلى أن المحـكمة الاتحادية العليا استعملت مبدأ حرية التعاقد كأساس للقضاء بعدم دستورية كثير من التشريعات الاجتماعية التقدمية التي تهدف إلى حماية العمال من استغلال أرباب العمل عن طريق اشتراط حدود دنيا لأجورهم، أو اشتراط حدود قصوى لساعات عملهم . وان موقـفها هذا انما كان تلبـية لمطالب الرأسماليين ، الذين وجدوا في هذه التشريعات تهديداً حقيقياً لمصالحـهم ، فطعنوا بعدم دستورية هذه التشريعات على أساس انها تتنافى والحقـوق الأساسية المبينة في الدستور ، وان المحكمة الاتحادية العليا تصدت بالفعل لهذه التشريعات وقضت بعدم دستورية اثنى عشر تشريعاً منها ، وذلك في المدة من عام ١٩٢٣ – ١٩٣٦ (٥٧).

الا اننا قـد لا نتفق مع هذا الرأي ونذهب إلى ما ذهب إليه معظم الشراح الأمريكيين في ان اتجاه المحـكمة تجاه التشـريعات الاجتماعية وأحكامها بعدم الدستورية لغالبـية تلك التشـريعات ، انما كان يهدف إلى حماية مبدأ حرية التعاقد وحرية التملك والحقوق الاقتصادية الاخرى التي نص عليها الدستور ، ولم تكن نتيجة تواطؤ مدبر بينها وبين ممثلي الطبقة الرأسمالية، وانما كان انعكاساً طبيعياً للاتجاه الاقـتصادي السـائد آنذاك وهو اتجاه يؤمن بمبدأ الحرية الاقـتصادية ويعطي المقـام الاول لتنمية

الدخل القومي وتشجيع الحركة الصناعية (٥٨). وبالتالي فان موقف المحكمة الاتحادية العليا بهذا الصدد انما كان تعبيرا منها بضرورة التمسك بالشرعية الدستورية وضرورة المحافظة على المبادئ الدستورية والحفاظ على الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور ، والدليل على ذلك ان المحكمة لم تتوان عن مسايرة بعض من هذه التشريعات الاجتماعية وأقرت بدستوريتها عندما تحققت من عدم مخالفتها لمبدأ حرية التعاقد وعدم انتهاكها لحرية التملك وبقية الحقوق الاقتصادية الاخرى التي أقرها الدستور (٥٩).

ثانياً: حماية حق الملكية الخاصة بتطبيق فقرة الاستملاك .

تشكل فقرة "الاستملاك" الواردة في التعديل الخامس للدستور أداة إضافية قوية لحماية الحق في الملكية "لن يحرم شخص من حقه في الحياة، أو الحرية ؛ أو الممتلكات دون إعمال القانون على الوجه الاكمل ، كما انه لن يستولى على الممتلكات الخاصة لاستخدامها في الاغراض العامة دونما تعويض عادل" (٦٠).

فالحكومة قد تضطر في بعض الاحيان لمصادرة اجزاء من عقار خاص لتلبية حاجات عامة أساسية مثل شق الشوارع ، والطرق ، والأقنية ، أو إضافة منشآت عسكرية فيدرالية عليها . وهي ملزمة عند اتخاذها مثل هذا الاجراء بالتعويض العادل لصاحب العقار.

ويتناول التعديل الخامس بصفة خاصة الاستيلاء على الممتلكات الخاصة بواسطة الحكومة الفيدرالية ، اما الولايات فهي ملزمة بدفع التعويض العادل عن الاستيلاء على الممتلكات الخاصة وفقا لفقرة الاجراء الواجب الواردة في التعديل الرابع عشر (٦١). والقانون الخاص بالممارسات التي تعد "استيلاء" من جانب الحكومة ، هو قانون معقد إلى حد ما . لذا تحاول المحكمة الاتحادية العليا في القضايا المعروضة عليها بهذا الخصوص ان تتحرى عن العوامل التي لها صلة في تقرير ما إذا كان قد حدث استيلاء ، وهذه العوامل تتمثل بـ : (١) التأثير الاقتصادي للتنظيم على الطرف الذي يحتج عليه ، (٢) المدى الذي يتدخل في توقعات

الاستثمار الواضحة ، (٣) طبيعة العمل الحكومي ، مثل الامتلاك المادي للممتلكات. وعلى سبيل المثال فإن صدور امر من البلدية بتقسيم مناطق(٦٢) ، بعد ان كان المدعي قد اشترى الارض المذكورة ، مما يقيد استخدام الارض، لا يشكل "استيلاء" إذ ما زالت الاستخدامات السكنية للأرض المذكورة ممكنة .وحقيقة ان الاستخدام الاقتصادي الأمثل أصبح ممنوعاً ، فانه مع ذلك لم يقض على الاستخدام النافع للارض قضية (1980)Agins v. City of Tiburon(63) فالعمل الحكومي الذي يشكل "استيلاء" وفقاً لتفسير المحكمة الاتحادية العليا لا بد ان تتوافر فيه الشروط الآتية: (١) أن تستولى الحكومة على الممتلكات فعليا أو ان يمنع القانون الاستخدام المنتج للشئ ، بصفة دائمة أو مؤقتة ، (٢) أن يكون الاستيلاء الحكومي على الممتلكات الخاصة لاغراض صحية أو امنية ، (٣) أن يتم الاستيلاء على كل أو ما يقارب الكل من قيمة الملكية ، (٤) أن يكون الاستيلاء الحكومي مبنياً على شروط غير معقولة و غير متناسبة مع شروط الترخيص لاستخدام الملكية(٦٤). فاذا ما تأكدت المحكمة الاتحادية العليا من توافر هذه الشروط ، عدت الفعل الحكومي "استيلاء" على ممتلكات خاصة يتوجب عنده دفع التعويض العادل للمالكين.

والمحكمة الاتحادية العليا عادة ما تبذل قصارى جهدها للتثبت من مدى توافر هذه الشروط في القضايا المعروضة عليها و المتعلقة بفقرة "الاستيلاء" الواردة في التعديل الخامس ، وذلك لغرض تعويض المالكين عن الضرر الذي لحق بهم ، ومن أحكامها بهذا الصدد حكمها في قضية Nollan v. California Commission (١٩٨٧) التي تلخص وقائعها في أن الكنيسة التابعة لمارتن لوثر تمتلك منطقة للتنزه واللعب بجوار جدول صغير ، وحدث حريق بالغابة الوطنية التي تملكها الحكومة بجوار المنطقة ، ثم في موسم الامطار التالي حدث فيضان أدى لتهدم المباني المملوكة للكنيسة وحينئذ أصدرت الولاية قانوناً يمنع انشاء أي مبنى بجوار الجدول لأنه سيتعرض لاخطار الفيضان ، ومن ثم لم تستطع الكنيسة بناء ما تهدم من مبانيها و غدت عديمة النفع

ولما لجأت الكنيسة للقضاء قضت المحكمة العليا بكاليفورنيا بعدم أحقيتها في التعويض وهو الأمر الذي نقضته المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية حيث قضت بضرورة التعويض عن الملك طوال فترة الحرمان منه.(٦٥)

وفي قضية مشابهة للقضية اعلاه ، وهي قضية First English Evange lical Lutheran Church of Glendale v. Los Angeles Country (1987) عدت المحكمة الاتحادية العليا ان فقرة التعويض العادل الواردة بالتعديل الخامس تتطلب دفع مبالغ باعتبارها تعويضاً حتى عن الاستيلاءات "المؤقتة" ، أي الفترة قبل الحكم النهائي بإبطال قرار الاستيلاء (٦٦).

وفي حكم اخر للمحكمة الاتحادية العليا ، في القضية
Lucas v. South Carolina Coastal Council
(١٩٩٢) والتي تلخص وقائعها في ان المدعو David Lucas اشترى قطعتي أرض لبناء منزل عليهما بحوالي مليون دولار ، وذلك بجنوب كاليفورنيا . وعندما أصدرت الولاية قانوناً يمنع المذكور من البناء على ملكه ، قضت المحكمة العليا بكاليفورنيا بأن الولاية غير ملزمة بدفع تعويض عن قانونها لانه صدر لمنع ايذاء عام ومن ثم يعد استثناء على فقرة الاستيلاء ، ولما وصلت القضية للمحكمة الاتحادية العليا ألغت الحكم الآنف ، وذهبت إلى أن الاغتصاب للممتلكات يحدث بأن تستولي الحكومة على الممتلكات فعلياً أو أن يمنع القانون الاستخدام المنتج للشئ . وبتطبيق ذلك على الوقائع وجدت المحكمة ان المدعو Lucas حرم من استعمال أرضه والانتفاع بها مما أخل بالتوقعات المنطقية لاستخدام أرضه ، مما يوجب التعويض(٦٧).

وكان من المتوقع ان يؤثر هذا الحكم والأحكام التي سبقته على مجالات كثيرة تخل بحق الملكية مثل قوانين حماية الاصناف المعرضة للانقراض وحماية الاراضي المجففة والشواطئ . ولو ان الحكومة كانت ستعوض في كل المجالات السالفة ، فان تلك القوانين التي يعد العمل بها انتهاكاً لحق الملكية، كان سينتهي العمل بها حتماً. ومن هنا تظهر قوة

الاتجاه المتحفظ الذي تبنته المحكمة الاتحادية العليا في الثمانينيات وبداية التسعينات من القرن العشــرين للحــفاظ على حــق الملكية(٦٨). إلا أن المحكمة الاتحادية العليا قد عدلت عن اتجاهها السابق في الآونة الأخيرة ، ويمكن استظهار هذا العدول من خلال استقراء أحــكامها الصادرة بــهذا الصدد والتي تقضي بعدم وجوب التعويض للمالكين عندما يساند القــانون الخاص بالاستيلاء هدف اجتماعي أو اقــتصادي عام ، ففي تموز من عام ٢٠٠٥ ، وفي قضية مهمة تتعلق بــمفهوم " الاســتخدام العام" الوارد في التعديل الخامس ، وهي قضية، Kelo v. City of New London etal قضت المحكمة بــتأييد خطة المدينة بالاســتيلاء على أراضي ذات ملكية خاصة ، إذ تعتزم خطة هذه المدينة بــمنح هذه الاراضي إلى مســتثمر لغرض إقامة فنادق ساحلية ومكاتب ، وورد في حكم المحكمة الاتحــادية العليا **"لقد بات واضحاً ، ضرورة وحكمة اســتخدام حــق الحــكومة في مصادرة الملكية الخاصة وذلك لتشجيع التنمية الاقــتصادية . وســلطة المحكمة – على أية حال – تقتصر فقط على تحديد فيما اذا كان اســتيلاء المدينة على الممتلكات الخاصة هو "للاستخدام العام" وفقاً للمعنى الوارد في التعديل الخامس من الدســتور ، .. وبــالتالي فالمحــكمة لا تضمن للمدعيين التعويض الذي يطالبون به ".**

علماً ان هذا الحكم سبقته أحكام عديدة للمحكمة الاتحادية العليا تؤكد اتجاهها الجديد بهذا الخصوص منها حكمها في القضية

Tahoe – Sierra Preserv Ation Council,
INC., etal. v. Tahoe Regional Planning Agency etal.
(٢٣نيسان ٢٠٠٢) ، والقضية
Florence Dolan Petitioner v. City of Tigard
(٢٤ حزيران ١٩٩٤).(٦٩)

المطلب الثاني: دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات الاقتصادية في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر.

نظم الدستور المصري النافذ لسنة ١٩٧١ الحقوق والحريات الاقتصادية على أسس اشتراكية واضحة، إذ جاءت المادة (٢٣) فنصت على ان "ينظم الاقتصاد القومي وفقا لخطة تنمية شاملة تكفل زيادة الدخل القومي، وعدالة التوزيع، ورفع مستوى المعيشة، والقضاء على البطالة، وزيادة فرص العمل، وربط الأجر بالانتاج، وضمان حد أدنى للأجور، ووضع حد أعلى يكفل تقريب الفروق بين الدخول."

وهذا النص من النصوص التوجيهية التي توجه عمل المشرع، فيكون كل ما يصدره من نصوص – مخالفاً لها – مشوباً بعدم الدستورية(٧٠).

وبعد ذلك جاءت المادة (٢٤) فنصت علي أن "يسيطر الشعب على كل أدوات الانتاج، وعلى توجيه فائضها وفقاً لخطة التنمية التي تضعها الدولة". ونصت المادة (٢٥) على أن "لكل مواطن نصيب في الناتج القومي يحدده القانون بمراعاة عمله او ملكيته غير المستغلة".

وهكذا يؤكد الدستور المبدأ الأساسي في النظام الاشتراكي: كفاية الانتاج .. وعدالة التوزيع(٧١).

وقد تبنى الدستور النافذ فلسفة جديدة – مغايرة لما كان عليه الحال قبل صدوره – بصدد حماية حق الملكية بعدما نالها من حيف وجور في ظل قوانين التأمينات وفرض الحراسات (٧٢). فنص على عدم جواز فرض الحراسة على الأموال الخاصة الا في الأحوال المبينة في القانون، وعدم جواز نزعها إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض (م٣٤)، كما نص على عدم جواز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون ومقابل تعويض (م٣٥)، وحظر المصادرة العامة للأموال، ونص على عدم جواز المصادرة الخاصة الجزئية الا بحكم قضائي (م٣٦).

ومنذ بواكير عهدها أدت المحكمة الدستورية العليا دوراً بارزاً في حماية الحقوق والحريات الاقتصادية من خلال أحكامها بعدم دستورية

التشريعات التي تنطوي على إهدار هذه الحقوق والحريات والانتقاص منها . وقد لا يتسع المقام هنا لتقصي الأحكام كافة الصادرة بهذا الصدد، لذا سنكتفي بإيراد بعض منها.

أولاً: في مجال حماية الملكية الخاصة.

ذهبت المحكمة الدستورية العليا في حمايتها لحق الملكية الخاصة مذهباً أبعد من مجرد رد العدوان عليها والتعويض عن الاضرار التي لحقت باصحابها ، حيث ذهبت إلى تقرير أن حق الملكية هو حق أبدي . وهو الأمر الذي لم تذهب اليه كثير من المحاكم الدستورية التي أضفت على حق الملكية الخاصة الحماية القانونية والدستورية .ويتجلى ذلك في الأحكام الثلاثة التي صدرت بتاريخ ٤ أكتوبر ١٩٩٧ ، وبتاريخ ٢ أكتوبر ١٩٩٩، وثالثها بتاريخ ١٣ أبريل ٢٠٠٣ ، وهذه الأحكام الثلاثة تؤكد ان هذا الاتجاه الذي تأخذ به المحكمة من اعتبار حق الملكية حقاً مؤبداً هو اتجاه راسخ ومستقر في قضائها. وان اسباغ صفة الديمومة لم يشمل حق الملكية فحسب ، بل شمل الدعوى التي تحميه بحسبان أن الدعوى هي جزء من الحق أو هي الوسيلة لحماية الحق(٧٣).

في القضية الأولى ، وكانت تدور حول أحكام القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن مصادرة أموال أسرة محمد علي . وهي الأسرة التي كانت تحكم مصر قبل ثورة تموز ١٩٥٢ ، حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة (١١) من القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن أموال أسرة محمد علي المصادرة ، وذلك فيما تضمنته من عدم جواز الطعن بأي طريق في قرارات اللجنة العليا الصادرة بتأييد أو تعديل أو إلغاء قرارات اللجنة الابتدائية المنصوص عليها في المادة العاشرة من هذا القانون ، والصادرة في شان المنازعات المتعلقة بمصادرة أموال أسرة محمد علي.

وحكمت بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٤ من القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن أموال أسرة محمد علي المصادرة ، وذلك فيما تضمنته من عدم جواز سماع الدعاوى المتعلقة بمصادرة أموال أسرة محمد علي ، ولو كان موضوعها أموال تلقاها – عن غير طريقها –

أشخاص ينتمون اليها ، أو اكتسبها اشخاص من غير أفرادها . كما حكمت بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ١٤ من هذا القانون بكامل اجزائها. وحكمت ايضاً بعدم دستورية نص المادة ١٥ من هذا القانون في مجال تطبيقها بالنسبة إلى أموال تمت مصادرتها ، إذا كان أصحابها لا ينتمون لأسرة محمد علي ، أو يرتبطون بها وتلقوها عن غير طريقها(٧٤).

وفي القضية الثانية ، وكان موضوعها ايضاً يتعلق بأموال لافراد من أسرة محمد علي ، أكدت فيه المحكمة ان حق الملكية الخاصة هو حق دائم ، فهو غير قابل للسقوط بالتقادم وكذلك الحق في إقامة الدعوى التي يطالب بها هذا الحق . حيث تقول "**لحق الملكية خاصية تميزه عن غيره من الحقوق الشخصية منها أو العينية أصلية كانت ام تبعية – وتتمثل هذه الخاصية في أن الملكية وحدها هي التي تعتبر حقاً دائماً ، وتقتضي طبيعتها الا يزول هذا الحق بعدم الاستعمال ، ذلك انه أياً ما كانت المدة التي يخرج فيها الشئ من حيازة مالكه ، فانه لا يفقد ملكيته بالتقاعس عن استعمالها ، بل يظل من حقه أن يقيم دعواه للمطالبة بها مهما طال الزمن إلا اذا كسبها غيره وفقاً للقانون ، بما مؤاده أن حق الملكية باق لا يزول ما بقي الشيء المملوك منقولاً كان او عقاراً ، وبالتالي لا يسقط الحق في إقامة الدعوى التي تحميه بانقضاء زمن معين ، ذلك انه لا يتصور أن يكون حق الملكية ذاته غير قابل للسقوط بالتقادم ، ويسقط مع ذلك الحق في إقامة الدعوى التي يطلب بها هذا الحق ، ومن ثم يكون نص الفقرة الاخيرة من المادة ١٢ من القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن اموال أسرة محمد علي المصادرة ، فيما تضمنه من تقرير سقوط حق الملكية بفوات سنة من تاريخ النشر في الجريدة الرسمية دون تقديم طلب إلى اللجنة ، حسبما ورد بتلك المادة قد أنتقص من الحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية ، وجاء بالتالي مخالفاً لأحكام المادة ٣٤ من الدستور التي تتضمن صون حق الملكية الخاصة وكفالة حق الإرث فيها**".

وعليه حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة

١٢ من القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ في مجال تطبيقها بالنسبة لحق الملكية(٧٥). وفي القضية الثالثة ، أكدت المحكمة منهجها السابق بقولها الواضح : " **إذا كان ذلك وكانت طبيعة حق الملكية وقوامه القانوني الدقيق انه حق دائم ، لا يزول بعدم الاستعمال ولا تنقض دعوى المطالبة به مهما طال الزمن عليها**"(٧٦).

ثانياً : في مجال العلاقات الايجارية.

تعد القضايا الدستورية المتعلقة بالعلاقات الإيجارية مرتعاً خصباً لحماية حق الملكية لان حق المالك يبرز حينئذ كحق مقابل لحق المستأجر . وقد أصدرت المحكمة الدستورية العليا عدة أحكام لها أثرها المباشر على مجمل العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين ومنها الأحكام التي قررت عدم دستورية نصوص عديدة كانت تسرف في حماية المستأجرين على نحو أوشك معه حقهم أن يتحول من حق شخصي مستمد من العقد إلى حق عيني شبيه بالملكية مستمد من نصوص القوانين ، كما أوشكت عقود الإيجار أن تتحول إلى عقود مؤبدة ، لا يملك المؤجر انهاءها واسترداد ماله من حق علي العقار الذي يملكه قانوناً ويستأثر به وبمنفعته المستأجرون فعلاً (٧٧). ومن هذه الأحكام:

أ. حكمها الصادر في ١٩٩٥/٧/٣ ، بعدم دستورية المادة (٥) من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية ، فيما انطوت عليه من استثناء تنازل الطبيب أو ورثته من بعده عن حق إجارة العين المتخذة مقراً لعيادته الخاصة لطبيب مرخص له بمزاولة المهنة و من الخضوع لحكم المادة (٢٠) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر . وذهبت المحكمة في حكمها هذا إلى ان النص المطعون فيه ، لم يلتزم بالقواعد التي تنظم التنازل بوجه عام ، والتي تضمنتها المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، بل أسقطها بتمامها ، ليمتنع على المالك بعدئذ الخيار بين حقين كفلتهما المادة ٢٠ من القانون ، هما ان يحصل على ٥٠% من مقابل التنازل إذا اراد إعمال أثاره او أن يستعيد

العين من مستأجرها بعد اداء تلك القيمة مع إنهاء العلاقــة الإيجارية التي ارتبط بها في شأنها . وأكدت المحكمة أن ذلك يؤدي إلى حصول المستأجر على حقوق لا يسوغها مركزه في مواجهة المؤجر مما يعد إثراء للمستأجر وافقاراً للمالك ، وتفضيل للمســتأجرين من الاطبـــاء على من عداهم من المســتأجرين بــالرغم من تماثل مراكزهم القــانونية مما يخالف مبــدأ المساواة(٧٨).

بموجب هذا الحكم تكون المحكمة قد طبقت معياراً حددت بموجبــه سلطة المشرع في تقييد حق الملكية بأن لا تؤدي إلى إثراء مستأجر العين وإفقار مالكها.

ب. وفي حكمها الصادر في ٢٠٠٢/٢/٢ ، حكمت المحكمة بــعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، فيما لم يتضمنه من النص على انتهاء عقد الإيجار الذي يلتزم المؤجر بتحريره لمن لهم الحق في شغل العين ، بانتهاء إقامة اخرهم بها ، سواء بــالوفاة أم الترك.

حيث وجدت المحكمة ان إلزام المؤجر بتحــرير عقــد ايجار لمن عينتهم الفقرة الأولى من المادة ٢٩ المشار اليها . وبالشــروط الواردة في هذه الفقرة ، وتوقف نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) عند هذا الحد ، من شأنه ان يفضي بهذا النص إلى دائرة عدم الدســتورية ، ذلك ان الانتقــال بالعقد الذي حرر لمصلحة أي من أقارب المستأجر الأصلي المحددين في الفقرة اعلاه من أن يكون سنداً لشغله العين ، لان يصبح عقداً منشئاً لعلاقة إيجارية جديدة ، المستأجر الأصلي فيها هو القــريب الذي حــرر العقــد لمصلحته ، مؤداه أن يسري حكم الفقرة الأولى من المادة ٢٩ على أقارب هذا القريب المقيمين معه حسبما حــددهم هذا النص – عند وفاته أو تركه العين ، بما يترتب عليه نهوض حكم الفقرة الثالثة ليلزم المؤجر بتحــرير عقد أيجار جديد لهم أو لأبيهم ، ثم يستمر الأمر متتابعاً في حكمه ، متعاقباً من جيل إلى جيل ، لتحل به نتيجة محققة هي فقدان المؤجر – وبتقدير انه المالك للعين المؤجرة أو للحق في التأجير – جل خصائص حــق الملكية

على ما يملكه ، وفيما يتجاوز أية ضرورة اجتماعية تجيز تحـميل حـق الملكية بهذا القيد.

وهكذا يعدو الأمر عدواناً على حق الملكية الخاصة وهو ما يتعارض مع الأوضاع الخاصة بهذا الحق والحماية المقـررة له بـموجب أحـكام المادتين ٣٢،٣٤ من الدستور . ويوقع حكم الفقرة الثالثة من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في حمأة مخالفة الدستور وهي مخالفة توجب القضاء بعدم دستوريتها(٧٩).

ثالثاً: في المجال الضريبي.

يعد المجال الضريبـي من أخطر المجالات التي تؤثر فيها أحـكام المحكمة الدستورية العليا لما لحكم المحكمة الدستورية من أثر مالي واسع الخطر في هذا المجال ، بحسبان انه يؤدي إلى رد الضريبة المقضي بعدم دستوريتها بعد دفعها بعدة سنوات وبعد أن تكون الدولة قـد اعتمدت عليها في تمويل نفقاتها وضبط موازنتها ، الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة إعادة تدبـير النفقـات اللازمة لرد الضريبـة . مما يؤدي إلى كثير من الخلل والاضطراب في ميزانية الدولة(٨٠).

وعلى الرغم من ذلك فقد وضعت المحـكمة بأحـكامها في المجال الضريبي نبراساً مهماً ينير الطريق امام المشرع حـال وضعه للقـوانين الضريبية . ومن أحكامها بهذا الصدد:-

أ. حكمها الصادر في ١٩٩٣/١٢/٦ ، بعدم دستورية القانون رقـم ٢٢٩ لسنة ١٩٨٩ بفرض ضريبة على مرتبـات العاملين المصريين في الخارج.

ذهبت المحـكمة الدسـتورية العليا إلى عدم دسـتورية فرض هذه الضريبة استناداً إلى الأسس الاتية:

١- إنه اذا حدد المشرع وعاء للضريبة التي فرضها بأن حصره في أجور العاملين ومرتباتهم التي يتقاضونها عن عملهم في الخارج ، تعين أن يكون مبلغ الضريبة متأتياً من مصدر هذا الدخل دون سواه ومترتبـاً على وجوده حقيقة لا حكماً . فاذا كان دين الضريبة منفصلاً عن وعائها وليس

نتاجاً لتحققه دل ذلك على أن الرابطة المنطقية والحتمية بين وعاء الضريبة ومبلغها متخلفة بتمامها بما يناقض الأسس الموضوعية للضريبة.

٢- انه اذا أفرد الدستور بابه الثالث للحريات والحقوق والواجبات العامة وصدره بالنص في المادة (٤٠) منه على أن المواطنين لدى القانون سواسية فإن هذا المبدأ وسيلة لتحقيق الحماية القانونية المتكافئة التي لا تمييز فيها بين المراكز القانونية المتماثلة ، وهو الأمر الذي تخلف في الضريبة محل الموضوع ، ذلك أن القانون المطعون فيه صدر - حسبما يبين من عنوانه - بفرض ضريبة على مرتبات العاملين بالخارج إلا أن نصوصه قصرت أحكامه على العاملين في الدولة والقطاع العام أياً كانت طبيعة النظم الوظيفية التي يخضعون لها. وبذلك خرج من مجال سريانها غير هؤلاء ممن يحققون دخلاً ناجماً عن عملهم في الخارج وهم فئة من المواطنين كان من الواجب إخضاعهم للضريبة إلا أن ذلك لم يحدث مما يعد إخلالا بالتكافؤ في المعاملة القانونية.

٣- ومن ناحية اخرى فانه لما كان الشاغلون لهذه الدرجة يتفاوتون فيما بينهم فيما قد يحصلون عليه من دخل لقاء عملهم خارج جمهورية مصر العربية فإن اخضاعهم جميعاً لضريبة واحدة ثابت مبلغها يعد - ومن هذه الناحية - مناهضاً لمبدأ المساواة امام القانون(٨١).

ب. وحكمها الصادر في ٢٠٠٠/١/١ ، بعدم دستورية الفقرة الاخيرة من المادة (٣) من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية ، فيما نصت عليه من تسوية رسم الاستئناف في حالة تأييد الحكم الابتدائي باعتبار أن الحكم الصادر بالتأييد حكم جديد بالحق الذي رفع عنه الاستئناف . وقد جاء حكم المحكمة اعلاه استناداً إلى الأسس الآتية:-

١- ان النص المطعون فيه ، فيما قرره من إعادة تسوية الرسم على الحق محل المنازعة امام محكمة أول درجة إذا تأيد الحكم الصادر منها استئنافيا ، قد انبنى - على خلاف الواقع والأصول القانونية الصحيحة - على افتراض أن الحكم الاستئنافي الصادر بتأييد حكم الدرجة الأولى كأنه

حكم جديد بالحق الذي رفع عنه الاستئناف ، مستهدفاً بذلك ازدواج الرسم المستحق في هذه الحالة ، ليتكرر بذلك اداؤه عبر مرحلتي التقاضي ، وهذا الازدواج إنما يجعل صاحب الحق متردداً في ولوج طريق الاستئناف خشية أن تستغرق نفقاته أصل الحق كله أوجله فيتحمل إذا قضي برفضه ، بذات الرسوم السابق له اداؤها امام محكمة أول درجة فإن النص المطعون فيه – يكون بذلك – مخالفاً لنص المادة ٦٨ من الدستور.

٢– ان مساواة المواطنين امام القانون – ويندرج تحتها مساواتهم امام القضاء – حقيقة مؤداها ان الحقوق عينها ينبغي أن تنتظمها قواعد موحدة ، سواء في مجال التداعي بشأنها ، أو الدفاع عنها أو استئنافها ، وكلما كان التمييز في مجال طلبها من خلال الخصومة القضائية ، أو اقتضائها بعد الفصل فيها غير مبرر كان هذا التمييز منهياً عنه دستورياً.

٣– ان الحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية الخاصة – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – تمتد إلى كل حق ذي قيمة مالية ، سواء كان هذا الحق شخصياً ام عينياً ام كان من حقوق الملكية الفنية او الأدبية او الصناعية ، وهو ما يعني اتساعها للأموال بوجه عام، وكان النص المطعون فيه بما فرضه من عبء مالي على من يلج طريق الاستئناف ينتقص – بغير مقتض – من ذمته المالية بعض عناصرها الايجابية ، ويزيد من أعباء جانبها السلبي ، فانه ينحل عدوانا على الملكية الخاصة ، بالمخالفة للمادتين ٣٢ ، ٣٤ من الدستور.

٤– ان ما تنص عليه المادة ٣٨ من الدستور من قيام النظام الضريبي على أساس من العدل محدداً من منظور اجتماعي ، لا يقتصر على شكل من دون آخر من الأعباء المالية التي تفرضها الدولة على مواطنيها وفقا لنص المادة ١١٩ من الدستور . بل يجب ان تكون ضرائبها ورسومها سواء في تقيدها بمفهوم العدل محدداً على ضوء القيم التي ارتضتها الجماعة على وفق ما تراه حقاً وإنصافا . وان النص المطعون فيه بما قرره من ازدواج الرسم عن الوعاء الواحد بما مؤداه تحميل المستأنف برسوم تفتقد بنيانها الصحيح ، منزلاً به جزاءً مدنياً باهظاً لمجرد استعماله لحق قد كفله الدستور ، مثرياً الخزانة العامة على حسابه بلا سبب ، يعد خروجاً على حكم المنطق والعدالة(٨٢).

ومن خلال تحليل الأحكام بعدم الدستورية – سالفة الذكر – وغيرها من الأحكام التي صدرت عن المحكمة الدستورية العليا بخصوص الضرائب والرسوم ، يمكن استخلاص اتجاهات المحكمة بهذا الصدد ، والتي تتمثل بـ:-

١- التوفيق بين حماية حق الملكية ومبدأ ضرورة الضريبة.

تترجم الفرائض الضريبية دائماً باعتداء على حق الملكية ، طالما انها تؤدي إلى حرمان الممول من جزء من ماله ، ومع ذلك ، فانه لا يمكن القول بان هذا الاعتداء يعد دائماً مخالفاً للدستور ، نظراً لان ضرورة الضريبة تمثل مبدأ دستورياً.

٢- ضرورة مراعاة العدالة عند فرض الضريبة.

عدت المحكمة الدستورية العليا ، العدالة الضريبية من بين الأسس الموضوعية التي يجب أن تتوافر في الضريبة طبقاً للمادة ٣٨ من الدستور . وتتحقق هذه العدالة عندما يكون دين الضريبة متناسباً مع مقدار الدخل الخاضع لها.

٣- فكرة استحالة توقع الضرائب والرسوم لا تكفي وحدها للحكم على النص التشريعي بعدم الدستورية.

اشارت المحكمة في حيثيات بعض أحكامها إلى فكرة التوقع المشروع من جانب الفرد للضريبة والرسم ، الا انها لم تقض في أي من هذه الأحكام بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه لمجرد مخالفته لفكرة التوقع المشروع ، وحدها ، وانما أسست قضاءها بعدم دستورية النص على مخالفته لمواد معينة من مواد الدستور ، مثل المواد التي تحمي الحق في الملكية الخاصة ، والمواد التي تنص على خضوع الدولة للقانون(٨٣).

المطلب الثالث: دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات الاقتصادية في القضاء الدستوري العراقي.

دأبت جميع الدساتير العراقية – محل الدراسة – على إدراج الحقوق والحريات الاقتصادية ضمن نصوصها ، وفي مقدمة هذه الحقوق كان حق الملكية. إلا أن ذلك لم يمنع من صدور تشريعات تخالف هذه النصوص

الدستورية وتنتهك حرمة الحقــوق الاقــتصادية . وعلى الرغم من وجود مثل هذه التشريعات إلا أن المحكمة المختصة بالرقابــة على دســتورية القــوانين في ظل هذه الدســاتير لم يكن لها أي دور في الحــكم بـــعدم دستوريتها.

ففي القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ ، عد المشرع الدستوري حقوق الملكية مصونة فلا ينزع ملك أحــد او ماله إلا لأجل النفع العام في الاحوال والطريقة التي يعينها القــانون وبشــرط التعويض عنه تعويضا عادلا ، كما منع القانون الأساسي فرض القــروض الاجبــارية وحــجز الاملاك ومصادرة المواد الممنوعة إلا بمقتضى القانون ، كما حرم بشكل تام الســـخرية المجانية والمصادرة العامة للأموال المنقــــولة وغير المنقولة(م١٠).

وعلي الرغم من ان القانون الأساسي قــد حــرم الســخرة المجانية تحريماً باتاً (م١٠/ف٣) ، ومن ثم فان أي قــانون يجيز العكس ســيكون مخالفاً للدستور ومنتهكاً لحق الملكية الخاصة باعتبار ان الأجر المستحق للفرد هو جزء من ملكيته الخاصة ، نجد ان المادة (١٤) من قانون مراقبة الري والسداد في العراق الصادر عام ١٩٢٣ ، والمعدل بموجب قــانون تعديل قانون الري والســداد لعام (١٩٢٥)، تنص على ان "يقــوم بــأمر المحافظة والعناية بــأعمال الري وبــتطهير الجداول من الدهلة (الطمى) وبتحكيم الســداد وترميمها وتعميرها من يســتفيد من وجودها صالحــة ويتضرر من عدمها أو فســادها، ويعين متصرف اللواء هؤلاء المكلفين بموجب جداول ينظمها لهذا الغرض ويذكر فيها عدد العمال المطلوبــين منهم وعلى هؤلاء المكلفين احــضار عمالهم المطلوبــين منهم بــموجب الجداول المذكورة حــالما يطلب منهم ذلك مهندس الري الاجرائي أو أي مأمور آخر حائز على سلطة من وزير الاشــغال والمواصلات. ولا تدفع أي اجرة لهؤلاء العمال الا اذا كانت العادات المحلية تقضي بــدفع أجور لذلك . واذا دفعت الأجور فيجب تعيين مقــدارها من قبــــل المتصرف بالاستشــــــارة مع مهندس الري الاجرائي" (84) في هذه المادة مخالفة صريحة للفقرة الثالثة من المادة (١٠) من القانون الأساسي التي حــرمت

السخرة المجانية تحريماً باتاً ، في حين اجازتها المادة (١٤) من قانون الري . وعلى الرغم من وجود هذه المخالفة الصريحة للقانون الأساسي العراقي الا انه لم يطعن بدستورية هذه المادة ، ولم تؤد المحكمة العليا دورها في حماية حق الملكية من خلال الحكم بعدم دستورية هذه المادة.

وفي دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ المؤقت ، نصت المادة ١٧ منه على ان " أ- الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون اداء وظيفتها الاجتماعية ولا تنزع الا للمنفعة العامة لقاء تعويض عادل وفقاً للقانون. ب. الإرث حق تحكمه الشريعة الإسلامية " . كما نصت المادة ١٨ على أن "يعين القانون الحد الاقصى للملكية الزراعية بما لا يسمح بقيام الإقطاع ولا يجوز لغير العراقيين تملك الاراضي الزراعية الا في الاحوال التي يعينها القانون". وقد أدخل تعديلان على هاتين المادتين وذلك بموجب التعديل الثاني للدستور في ١٥ ايار ١٩٦٩ (٨٥)، حيث أضيفت إلى المادة ١٧ فقرة جديدة ومضمونها "على ان الاشخاص الذين ثبتت إدانتهم من محكمة مختصة بجريمة التجسس لحساب الاجنبي أو التآمر على تقويض نظام الحكم التقدمي الاشتراكي وأساسه الاقتصادي والإجتماعي فيجوز مصادرة أموالهم المنقولة وغير المنقولة وقيدها ايراداً للدولة بموجب قانون".

اما المادة ١٨ فقد ألغيت وحل محلها النص الآتي "يعين القانون الحد الأعلى للملكية الزراعية . ويؤول للدولة ما زاد على الحد الأعلى من دون تعويض . ولا يجوز لغير العراقيين تملك الأراضي الزراعية الا في الأحوال التي يسنها القانون".

ويعزى هذا التنظيم الدستوري الصارم لحق الملكية إلى ضرورة تحقيق العدالة الاجتماعية التي تحظر أي شكل من اشكال الاستغلال ، المادة (١٢): " يهدف النظام الاقتصادي إلى تحقيق الاشتراكية وذلك بتطبيق العدالة الاجتماعية التي تحظر أي شكل من اشكال الاستغلال".

وصدرت في تلك المدة العديد من التشريعات التي تنطوي على انتهاك صريح لحق الملكية ، ومن هذه التشريعات القرار المرقم (٢٠١) بتاريخ ٣١/آيار/١٩٦٩ والصادر عن مجلس قيادة الثورة ، والذي الغي

بموجبه حق الاختيار الممنوح للاقطاعيين المنصوص عليه بقانون الاصلاح الزراعي والذي عدهم هذا القرار – أي حق الاختيار – انه قد مكن الاقطاعيين من اختيار أجود الأراضي والتصرف بالمياه والاستيلاء على الربع التفاضلي بصورة أفقدت القانون محتواه التقدمي وأضر بالفلاحين ضرراً بالغاً . ونعتقد ان في ذلك تعد واضح وصريح على حق الملكية الخاصة المصونة بموجب المادة (١٧) من الدستور ، وانه اذا كان الدستور قد سمح للمشرع بتحديد الحد الأعلى للملكية الزراعية بما لا يسمح بقيام الاقطاع بموجب المادة (١٨) من الدستور ، فان ذلك يعد استثناءً على القاعدة العامة المقررة بموجب المادة (١٧) ، وبالتالي فان أية استثناءات إضافية أو قيود إضافية من قبل المشرع من دون سند دستوري لها تعد انتهاكاً لحق الملكية وللمبادئ الدستورية ، مما يوجب الحكم بعدم دستوريتها . ولم تمارس المحكمة الدستورية العليا التي أنشئت في ظل هذا الدستور مهامها في حماية حق الملكية والحد من انتهاكات المشرع المتطرفة ، من خلال أحكامها بعدم الدستورية ، إذ سرعان ما صدر دستور ١٦ تموز ١٩٧٠ ، الذي ألغى السند الدستوري لوجودها .

اما في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ ، فقد نصت المادة السادسة عشرة في فقرتيها ب و ج على ان الملكية الخاصة مصانة فلا يمنع احد من التصرف في ملكه الا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه الا لاغراض المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه ، وبشرط تعويضه تعويضاً عادلا وسريعاً . كما ان للمواطن العراقي الحق الكامل غير المشروط بالتملك في انحاء العراق كافة بلا قيود . ولم يصدر أي حكم من المحكمة الاتحادية العليا التي أنشئت في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ ، يتعلق بحماية حق الملكية أو غيره من الحقوق الاقتصادية ، وقد يعزى ذلك إلى قصر المدة التي تم فيها نفاذ الدستور .

اما دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ ، فقد نصت المادة ٢٣ منه على ان " اولاً – الملكية الخاصة مصونة ، ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها ، في حدود القانون. ثانياً – لا يجوز نزع

الملكية الا لأغراض المنفعة العامة مقابـــل تعويض عادل ، وينظم ذلك بقانون. ثالثاً – أ– للعراقي الحــق في التملك في أي مكان في العراق ، ولا يجوز لغيره تملك غير المنقول الا ما استثنى بقــانون . ب– كما يحــظر التملك لأغراض التغيير السكاني ."وهذه النصوص الدستورية في حماية حق الملكية الخاصة التي تعد أهم وأبرز الحقوق الاقتصادية، بحــاجة إلى حماية فعالة من قبل المحكمة الاتحادية العليا من خلال رقابــتها على مدى دستورية التشريعات التي تصدر بصدد تنظيمها .

المبحث الثالث: دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقــوق والحريات الاجتماعية .

يعتمد انتشار الحقوق والحريات الاجتماعية – بــالدرجة الأولى – على مدى إيمان الدولة بــها وضمان ممارســتها ، ذلك أن هذه الحقــوق والحريات تتطلب تدخلاً إيجابياً من جانب الدولة التي يجب عليها أن تتولى تحقيقــها وتعمل على زيادة فعاليتها وتعدد مجالاتها . ومن هنا فإن جوهر الحقوق والحريات الاجتماعية إنما يكون في إطار إعمال الفلسفة السياسية والاجتماعية لمن يتولون مهام السلطة . ومن أهم هذه الحقوق : الحــق في التعليم والثقافة والتنمية الذهنية ، والحق في الزواج وتكوين أسرة، والحق في الرعاية الصحية ، والحق في خدمات التأمين الاجتماعي(٨٦).

ولبيان دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقــوق والحــريات الاجتماعية في ظل القضاء الدستوري المقارن ، سيقسم هذا المبحــث إلى ثلاثة مطالب ، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول : دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقــوق والحريات الاجتماعية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية.

أدت المحكمة الاتحــادية العليا الأمريكية دوراً بــارزاً في حــماية الحقوق والحريات الاجتماعية ، لاسيما الحق في التعليم وحظر التمييز في المجال التعليمي ، والحقوق الزوجية والعائلية

أولاً : الحق في التعليم وحظر التمييز في المجال التعليمي.

في عام ١٩٣٨ ، بدأت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية التخفيف من الفصل العرقي في مؤسسات التعليم العالي والمهني ، والخروج على مبدأ " الفصل مع المساواة " (٨٧) في قضية Missouri exrel. Gaines v. Canda ، حكمت المحكمة في هذه القضية بعدم دستورية قانون ولاية Missouri الذي يحول دون قبول طالب أسود كفء بكلية حقوق مخصصة للبيض (ولم يكن هنالك كلية مناظرة للقانون على المستوى نفسه للسود في الولاية).

وفي عام ١٩٥٠ ، في قضية، Sweatt v. Painter ،قررت المحكمة الاتحادية العليا ان كلية الحقوق المنفصلة للسود بجامعة تكساس ليست على قدم المساواة ، فيما يتعلق بالمكانة أو السمعة ، مع كلية الحقوق التي لا يلتحق بها إلا البيض بجامعة تكساس (٨٨). الأمر الذي مهد الطريق لصدور القرار التاريخي في قضية Brown v. Board of Education (1954)(90). في قضية، (Brown I) التي صدر الحكم فيها في ١٧ مايو ١٩٥٤ ، قضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية الفصل العنصري في العملية التعليمية القائم على أساس العنصر ، والمخالف لشرط الحماية المتساوية التي نص عليها التعديل الرابع عشر من الدستور . وجاء في حكم المحكمة انه قد " **عرضت علينا هذه القضايا من ولايات تكساس وكارولينا الجنوبية وفرجينيا ودلاوار ، واذا كانت تلك القضايا تختلف باختلاف ظروف كل منها كما تختلف طبقاً لظروفها المحلية فان إشكالاً قانونياً عاماً يجمعها ، ففي كل هذه القضايا يسعى المتقاضون ، وهم من صغار الزنوج ، إلى ان تقوم المحاكم بمعاونتهم في الحصول على حق الالتحاق بالمدارس العامة بدون تفرقة عنصرية وفي كل هذه الحالات ، حرم هؤلاء الصغار من الالتحاق بالمدارس التي يدرس بها الاطفال البيض طبقاً لقوانين تبيح التفرقة العنصرية . ومن شأن هذه التفرقة حرمان الشاكين مما يتمتعون به من مساواة في حماية القوانين لهم تمشياً مع التعديل الرابع عشر في الدستور الأمريكي . . . . ويقول المدعون : ان المدارس العامة التي تطبق فيها التفرقة العنصرية**

ليست متساوية ولا يمكن جعلها متســاوية ، ولذا فانهم محــرومون من المساواة في حماية القوانين لهم(٩١).

وهنا أخذت المحكمة في تعداد ما للتعليم من أهمية في ابراز المواطن الصالح مما القــى عبء تنظيمه على الدولة وعلى الادارات المحــلية . وتقول في ذلك : " انه يجب عدم حــرمان أي طفل من حــق التعليم إذ أن التعليم يعده للحياة ، وما دامت (الدولة) قد أخذت على عاتقها تهيئة فرصة التعليم لكل المواطنين فيجب ان يمارس هذا الحــق على قــدم المســاواة بالنسبة للجميع " . وهنا تسأل المحكمة الســؤال التالي " : هل الفصل بــين الاطفال في المدارس العامة على أساس العرق – حتى ولو بقيت المرافق المادية والعوامل " الملموسة " الاخرى متساوية ، يحرم الاطفال المنتمين إلى مجموعة أقلية من فرص تعليمية متساوية ؟ . "وتجيب المحــكمة عن هذا التساؤل بقولها : انها تعتقد ذلك ، ولذلك تقــول ، انها عندما أصدرت حكمها في القــضية المعروفة Mclaurin v. Oklahoma State Regents ،هذا الحكم الذي يقضي بإباحة إلتحاق طالب زنجي بمدرسة البيض مع معاملته مثل الطلبة الاخرين ، كان رائدها في ذلك ليس العوامل " الملموسة " ، بل الاعتبارات غير الملموســة ، وتســرد المحــكمة هذه الاعتبارات بقــولها انها " **قــدرة الطالب على الدراســة وقــدرته على المشاركة في المناقشات وتبــادل وجهات النظر مع الطلبــة الاخرين ، وبــالاختصار قــدرته على تعلم المواد المتصلة بــمهنته . "ثم تضيف المحكمة " أن فصل هؤلاء الاطفال عمن هم في مثل أعمارهم ومؤهلاتهم بسبب العنصر وحده يولد شعوراً بالدونية بالنسبة لمكانتهم في المجتمع المحلي الأمر الذي قد يؤثر على قلوبهم وعقولهم بطريقة من المحــتمل أن يصعب معها محــو آثارها (٩٢).. ونســتنتج انه لا مكان في حقــل التعليم العام للمفهوم الذي يقــول : " منفصل لكن متســـاو " فالمرافق التعليمية المنفصلة بطبيعتها غير متساوية .. ولذلك بشــكل عام يعد هذا الفصل إنكاراً لمبدأ الحماية المتساوية امام القوانين"(٩٣).**

وفي عام ١٩٥٥ ، في قضية

Brown v. Broad of Education (Brown II)

أصدرت المحكمة الاتحادية العليا حكمها بانهاء الفصل العنصري في المدارس العامة ، على ان يكون هذا الفصل "باقصى سرعة" ، حيث أمر رئيس المحكمة العليا Warren قضاة المحاكم الادنى مرتبة، ومجالس المدارس بان يعملوا "بكل سرعة وتصميم" على تطبيق مبدأ إلغاء الفصل العنصري في المدارس العامة(٩٤).

وكان نتيجة قضية (Brown II) عملية بطيئة من المقاومة في إلغاء التمييز العنصري ، وفي النهاية عدت المحكمة "**ان الاستمرار في إدارة مدارس ذات التمييز العنصري تحت راية السماح**" ، **لم يعد جائزاً دستورياً . وبمقتضى أحكام واضحة لهذه المحكمة** ، "**فإن التزام كل منطقة مدرسية يتمثل بانهاء النظم المزدوجة فوراً** ، **وانه يجب من الان فصاعداً ان تدار جميع المدارس بطرق موحدة**" (قضية

Alexander v. Hdmes Country Broad of Education(1969)

وفي حكم آخر لها تقول : "**واليوم اذا وجدت المحاكم ان نظاماً مدرسياً يطبق التمييز العنصري المتعمد بصفة رسمية ، فإن على النظام المدرسي واجباً حتمياً بإلغاء التمييز العنصري، وأن يتخذ أية خطوات ضرورية للتحول إلى نظام موحد تزال منه التفرقة العنصرية من جذورها**" قضية

Green v. Country School Bd. Of Newkent Country (1968)

وعدت المحكمة الاتحادية العليا ان "**أية تصرفات يتخذها مجلس أية مدرسة بمقتضى هذا الواجب الإلزامي ، يكون من اثره عرقلة إلغاء التمييز العنصري تنتهك الحماية المتساوية**" قضية

Wright v. Council of Emporia(1972)(95)

وقد أيدت المحكمة العليا منح القضاة في القضايا المتعلقة بإلغاء الفصل العنصري في المدارس سلطات واسعة ، تشمل سلطة فرض برنامج نقل الطلاب في الباصات

(City's Busing Program or Busing)(96).

على إدارات المدارس ، وذلك بـــغرض تأمين اندماج المدارس في المناطق المفصولة عرقياً ، وفرض حصص عرقـــية في مجالس الطلاب وهيئات التدريس . وأول قضية عرضت على المحكمة العليا بـــخصوص تطبيق هذا البرنامج هي قضية

Swann v. Charlotte Mecklenburg Board of Education (1971)

والتي ذهبت فيها المحـــكمة إلى أن " التمييز العنصري الموجود في مدارس Charlotte كان نتيجة لسنوات من سياسات التمييز المتعمدة من قبل إدارات المدارس . والتي يجب ان يتم تصحيحـــها ، واذا كان تطبـــيق برنامج (نقل الطلاب في الباصات) هي الطريق لذلك ، فيجب حينئذ اتباعه وتنفيذه(٩٧). كما حكمت المحكمة الاتحادية العليا في قضية

North Carolina State Bd. Of Ed. v. Swann(1971)

بان قوانين الولايات التي تمنع تطبـــيق بـــرنامج (نقـــل الطلاب في الباصات)،على الاقـــل عندما يكون الفصل العنصري موجوداً بـــصورة رسمية ، تعتبر غير دستورية . كما حكمت في قضية مشابهة

Washington v. Seattle School dist No. 1(1972)

بانه " **عندما يغير التشريع العملية المعتادة لصنع قرارات السياسة المدرسية بحرمان مجلس أية مدرسة من سلطة الأمر باستخدام برنامج (نقـــل الطلاب في البـــاصات) ، فإن القـــانون يكون قـــائماً على الصفة العنصرية للسياسة**(٩٨).

هذا وان حظر التمييز في المجال التعليمي الذي انتهجته المحـــكمة الاتحادية العليا من خلال أحـــكامها بـــعدم الدســـتورية لم يقـــتصر على التشريعات التي تكرس هذا التمييز بالنسبة للزنوج فقط ، وانما شمل جميع الطوائف والاقليات الاخرى الموجودة في الولايات المتحدة الأمريكية بما فيهم الأجانب، ففي عام ١٩٨٢ قضت المحـــكمة الاتحـــادية العليا بـــعدم دستورية قانون لولاية تكساس يستثنى بموجبـــه الاطفال غير الحـــاملين

لهويات ، المولودين من مهاجرين غير قـــــــانونيين ، من الدخول إلى المدارس الحكومية المجانية ، وأكدت المحكمة على أهمية التعليم بالنسبـــة لتطور الطفل في المستقبل(٩٩).

واخيرا لابد من الإشارة إلى أن دلائل التقدم التي أحرزت في مجال حظر التمييز التعليمي (سياسة الدمج العرقي وحماية حقوق الاقـــليات في التعليم) ، قد أضعفت في التسعينات من القرن العشرين ، حـــيث صدرت قرارات عديدة للمحكمة الاتحادية العليا في هذا الخصوص منها قـــرارها الصادر في ١٥ كانون الثاني ١٩٩١ في القضية

Board of Education of Oklahoma City Public School V. Dowell

والذي أجازت فيه للمحاكم الفيدرالية ان تنهي رقابتها على مجالس المدارس المحلية اذا ما بـــينت هذه الاخيرة حســـن نيتها وإذعانها لأوامر المحكمة في تطبيق سياسة الدمج العرقي ، واستطاعت ان تثبت بان الآثار الماضية للتمييز العنصري قد أزيلت . وبهذا القرار تكون المحـــكمة العليا قد فتحت الباب للتراجع والانسحاب بصدد سياسة الدمج العرقـــي ،ثم جاء الحكم في قضية Freeman v. Pitts (1992) ليثبت هذا التراجع ويفتح الباب بشكل اوسع له ، حيث أعطت المحكمة الاتحادية العليا في هذا الحكم للمحاكم الادنى اعظم تفاوت مسموح به لسحب اشـــرافها القـــضائي عن سياسة الدمج العرقي . واذا كان هناك أي شك بـــصدد سياســـة المحـــكمة الاتحادية العليا الجديدة هذه ، فانها قد إزالته من خلال حكمها في القضية، Missouri v. Tenkins (1995)، والذي لفتت من خلاله انتباه المحاكم الأدنى إلى ضرورة التحرر من سياسة الدمج العرقـــي . وهذا يعد تهديداً واضحاً وصريحاً إلى المبدأ الأساسي الذي تم إرساءه وإقراره في قـــضية بروان التاريخية(١٩٥٤)(١٠٠).

ثانياً : الحقوق الزوجية و العائلية.

حرصت المحكمة الاتحادية العليا على حماية الحقوق الزوجية و العائلية من خلال احكامها بعدم دستورية التشريعات التي تحاول انتهاكها او الانتقاص منها .

في قضية

Cleveland Bd. Of Education v. Lafleur (1977)

ذكرت المحكمة الاتحادية العليا ان " **هذه المحكمة اعترفت منذ فترة طويلة بان حرية الاختيار الشخصي في مسائل الزواج والحياة العائلية هي احدى الحريات التي تحميها فقرة الإجراءات القانونية الأصولية الواردة في التعديل الرابع عشر** " (١٠١). وعندما يلقي قانون ما أعباء مهمة على ممارسة الاختيارات في الزواج والحياة العائلية بغرض تنظيمها ، فإن على المحكمة أن تبحث بعناية مصلحة الحكومة في هذا التنظيم ، والمدى الذي يخدمها فيه . وقد لجأت المحكمة الاتحادية العليا في قضية Moore v. City of East Cleveland , Ohio (1977) إلى الحكم بعدم دستورية قانون محلي يحدد شغل المنازل لافراد أسرة واحدة نتج عن تطبيقه استبعاد حفيد لجدة يعيش معها في المنزل نفسه ، وذلك لاعتبار هذا القانون مخالفاً لمبدأ الإجراء الواجب اتباعه (لحماية حقوق الأسرة) الوارد في التعديل الرابع عشر . وقد جاء في قرار المحكمة " **إن قرارتنا تثبت أن الدستور يحمي حرمة الأسرة تماماً لأن مؤسسة الأسرة راسخة بعمق في تاريخ وتقاليد هذه الأمة . فمن خلال الأسرة نغرس وننقل الكثير من أكثر قيمنا الاخلاقية والثقافية إعزازاً** " ، **كما أن هذه الحماية المتساوية لم تكن مقصورة على الأسرة النواة ، بل إلى تقاليد الأسرة الممتدة التي** " **لها جذور موغلة جديرة بالاعتراف الدستوري على حد سواء**"(١٠٢).

ومن القضايا العائلية التي عملت المحكمة الاتحادية العليا على معالجتها ضمن أحكامها بعدم الدستورية هي مشكلة الاباء غير الشرعيين في الولايات المتحدة الأمريكية ، نظراً لتزايد العلاقات غير الشرعية وما ينجم عنها من أطفال ، وعادة ما تتمثل القضايا المتعلقة بالآباء غير

الشرعيين في طعون على قوانين الولاية بعدم دستوريتها لانتهاكها للتعديل الرابع عشر من الدستور لمعاداتها للأب لصالح الام بالرغم من وحدة المركز القانوني لكليهما . ولا جدال في أن القوانين التي تحكم العلاقة الأسرية هي نتاج المجتمع الذي ولدت فيه ، وفي القانون الانكليزي تعطى الحضانة للآباء مقتصرة عليهم ، والأم يصلها بالطبع كامل الحب والاحترام من أطفالها اما الحضانة فهي للأب . ولم تتبع المحاكم الأمريكية وجهة النظر الانكليزية السالفة ، إذ رفضت فكرة الحضانة المقصورة على الأب من دون الام . وعلى الرغم من أحقية الولايات في تمتع قوانينها الأسرية بقرينة الدستورية إلا انه حال انطوائها على إخلال بالحماية المتساوية ، فإنه على الولاية حينئذ واجب إظهار أن التفرقة كانت ضرورية لحماية مصلحة ملحة لها وإلا كان النص غير دستوري(١٠٣).

ففي قضية Caban v. Mohammed (1978) طعن الأب غير الشرعي على إعطاء الأم وزوجها الجديد حق تبني أطفاله وحرمانه هو من هذا الحق بموجب أحكام المادة ١١١ من قانون العلاقات الأسرية الذي ينص على ذلك ، ورأى ان هذه المادة تنتهك حقوقه الدستورية في الحماية المتساوية والإجراء الواجب اتباعه قانوناً . ورأت ولاية نيويورك والأم " المدعى عليهما " أن القانون يتفق مع أحكام الدستور ، إذ ان دافعه هو تحقيق أفضل مصلحة للأطفال . ورفضت المحكمة الاتحادية العليا هذا التفسير وأكدت بداءة انها لا تنكر حق الولاية في وضع التشريع الذي يحمي العلاقة الحميمة بين أحد الأبوين وأطفاله ، إذ ان هذا الهدف من الأمور القيمة التي تستأهل الإشادة ، إلا انها ذهبت إلى فشل الولاية في إظهار العلاقة المنطقية التي تربط بين المعاملة المختلفة للأب غير الشرعي ومصلحة الولاية في توفير الرعاية عن طريق التبني لاطفاله غير الشرعيين . وبمعنى آخر فإنه لا يوجد دليل يثبت أن إعطاء الأب ذات الفرصة المعطاة للأم في التبني سوف يعرقل تلك الإجراءات . وهكذا خلصت المحكمة إلى أن حرمان الأب دون الأم من السير في إجراءات التبني هو أمر يستند إلى الجنس فحسب وليس لأي سبب آخر ، ومن ثم ينتهك فقرة الحماية المتساوية المنصوص عليها بالتعديل الرابع عشر " لا

يحق لأي ولاية أن تحرم شخصاً من الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون على الوجه الأكمل ، ولا يحق لها ان تحــرم أي شــخص داخل نطاق سلطاتها من المساواة في الحماية امام القانون"(١٠٤).

كما عملت المحكمة الاتحادية العليا على حــماية حــق الزواج ضد التشريعات المبنية على أســس عنصرية وذلك من خلال الحــكم بــعدم دستوريتها ، وخير مثال يمكن سوقه في هذا المجال هو قــضية Loving v. Virginia (1967) حيث حكمت المحكمة الاتحادية العليا بــعدم دستورية قــانون ولاية فرجينيا الذي يمنع الزواج بــين أجناس مختلفة ، لانتهاكه لمبدأي الحــماية المتســاوية والإجراء الواجب اتبــاعه قــانوناً الواردين في التعديل الرابع عشر . وجاء في قرار المحــكمة " أن حــرية الزواج كان معترفا بها منذ زمن بــعيد باعتبــارها واحــدة من الحقــوق الشخصية الحيوية واللازمة للسعي المنظم نحو السعادة من جانب الافراد الاحرار . والزواج أحد الحقوق المدنية الأساسية للإنســان وهو أساســي لوجودنا ذاته وبقائنا . وهو حــق حــيوي للغاية لا يمكن الانتقــاص منه بواسطة قوانين تستهدف تحقيق تفرقــة عنصرية بــغيضة . والمســائل المماثلة تتصرف فيها المحكمة غالباً بمقتضى مبدأ الحــماية المتســاوية الوارد في التعديل الرابع عشر"(١٠٥).

<u>**المطلب الثاني: دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقــوق والحريات الاجتماعية في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر.**</u>

حرص الدستور المصري النافذ لســنة ١٩٧١ على كفالة العديد من الحقوق الاجتماعية. فقد قام بوضع أســاس الديمقــراطية الاجتماعية في مادتين :- المادة السابــــعة، التي جعلت المجتمع يقــــوم على التضامن الاجتماعي. والمادة الثامنة، التي أوجبــــــت على الدولة أن تكفل تكافؤ الفرص لجميع المواطنين .ولقد تتابــعت في دســـتور ١٩٧١ المواد التي تذهب الى إقرار العديد من الحقوق الاجتماعية. ففي المادة العاشرة ينص الدستور على أن: تكفل الدولة حــماية الأمومة والطفولة وترعى النشــأ والشباب وتوفر لهم الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم . وفي المادة الحادية عشر : تكفل الدولة التوفيق بين واجبــات المرأة والرجل نحــو الأســرة وعملها في المجتمع ومساواتها بالرجل .. والعمل بعد ذلك حــق وواجب

وشرف تكفله الدولة (م١٣) ، ويتمتع المحاربون القدماء والمصابون في الحرب أو بسببها وزوجات الشهداء وأبناؤهم بأولوية في فرص العمل (م١٥) . وتكفل الدولة الخدمات الثقافية والاجتماعية والصحية ، وتعمل بوجه خاص على توفيرها للقرية في يسر وانتظام (م١٦) . كما تكفل خدمات التأمين الاجتماعي والصحي ، ومعاشات العجز عن العمل والبطالة والشيخوخة للمواطنين جميعا (م١٧). والتعليم حق تكفله الدولة ، وهو إلزامي في المرحلة الابتدائية (م١٨).

والنصوص سالفة الذكر في معظمها توجيهية ، تحتاج إلى تدخل البرلمان لاصدار تشريعاته بصددها ووضعها موضع التنفيذ ، على ان لا تخالف هذه التشريعات النصوص الدستورية والا تعرضت للحكم عليها بعدم الدستورية . ولما كانت الأحكام الصادرة بعدم الدستورية في مجال الحقوق والحريات الاجتماعية من الكثرة بحيث تستعصي على الحصر – نظراً لتنوع الحقوق الاجتماعية – لذا فاننا سنكتفي بإيراد البعض منها كأمثلة على دورها البارز في هذا المجال.

أولاً: حق التعليم وحظر التمييز في المجال التعليمي.

أدت المحكمة الدستورية العليا دوراً بارزاً في حماية الحق في التعليم من خلال إبطالها للعديد من النصوص التشريعية التي حاولت إهدار هذا الحق أو الانتقاص منه. ويتضح ذلك من خلال أحكامها الآتية:-

أ. حكمها الصادر في ١٩٩٢/٢/١ ، بعدم دستورية القرار الصادر من المجلس الأعلى للجامعات بتاريخ ٢٠ سبتمبر ١٩٨٤ ، فيما تضمنه من قبول افراد الفئات المشار إليها فيه ، في الكليات والمعاهد العالية بمجموع يقل عن الحد الأدنى للقبول العادي في كل كلية بما لا يجاوز ٥% من مجموع الدرجات في شهادة الثانوية العامة أو ما يعادلها.

وقد استندت المحكمة الدستورية العليا إلى الأسس الآتية في حكمها اعلاه:-

١- ان كفالة الدستور لحق التعليم انما جاء انطلاقاً من حقيقة ان التعليم يعد من أهم وظائف الدولة وأكثرها خطراً – وأنه أداتها الرئيسية التي تنمي في النشأ – القيم الخلقية والتربوية والثقافية وتعده لحياة أفضل يتوافق فيها مع بيئته ومقتضيات انتمائه إلى وطنه ويتمكن في كنفها من اقتحام الطريق إلى افاق المعرفة وألوانها المختلفة.

٢- أن الحق في التعليم - الذي أرسى الدستور أصله - فحواه أن يكون لكل مواطن الحق في ان يتلقى قدراً من التعليم يتناسب مع مواهبه وقدراته - وأن يختار نوع التعليم الذي يراه اكثر اتفاقاً وميوله وملكاته - وذلك كله على وفق القواعد التي يتولى المشرع وضعها تنظيماً لهذا الحق بما لا يؤدي إلى مصادرته أو الانتقاص منه - وعلى الا تخل القيود التي يفرضها المشرع في مجال هذا التنظيم بمبدأي تكافؤ الفرص والمساواة امام القانون اللذين تضمنهما الدستور بما نص عليه في المادة ٨ من أن "تكفل الدولة تكافؤ الفرص والمساواة لجميع المواطنين" وفي المادة ٤٠ "المواطنون لدى القانون سواء - وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة - لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة".

٣- لما كانت الدولة مسؤولة عن كفالة التعليم العالي الذي يخضع لإشرافها حسبما نصت عليه المادة ١٨ من الدستور ، وكانت الفرص التي تلتزم بأن تتيحها للراغبين في الالتحاق بالتعليم العالي ، مقيدة بإمكانياتها الفعلية التي قد تقصر عن استيعابهم جميعاً بكلياته ومعاهده المختلفة ، فإن السبيل إلى فض تزاحمهم وتنافسهم على هذه الفرص المحدودة ، لا يتأتى الا بتحديد مستحقيها وترتيبهم فيما بينهم على وفق شروط موضوعية ترتد في أساسها إلى طبيعة هذا التعليم وأهدافه ومتطلبات الدراسة فيه ، ويتحقق بها ومن خلالها التكافؤ في الفرص والمساواة لدى القانون ، بما يتولد عن تلك الشروط في ذاتها من مراكز قانونية متماثلة تتحدد على ضوئها ضوابط الأحقية والتفضيل بين المتزاحمين في الانتفاع بهذه الفرص ، بحيث إذا استقر لأي منهم الحق في الالتحاق باحدى الكليات او المعاهد العالية على وفق هذه الشروط ، فلا يحل من بعد أن يفضل عليه من لم تتوافر فيه ، وإلا كان ذلك مساساً بحق قرره الدستور(١٠٦).

ب. وحكمها الصادر في ٢٠٠٤/٤/٧ ، بعدم دستورية نص الفقرة (ب) من المادة (١١) من اللائحة الداخلية لكلية الطب بجامعة الاسكندرية - مرحلة البكالوريوس - الصادرة بقرار وزير التعليم رقم ١٤٧٩ في ١٩٩٦/٩/٢٤ ، فيما تضمنه من بقاء الطالب للإعادة في الفرقة الثانية وعدم نقله إلى السنة الثالثة اذا رسب في غير العلوم الطبية المقررة في المرحلة الاولى.

وأستندت المحكمة في حكمها هذا الى الأسس الآتية-:

١- المادة ١٨ من الدستور تنص على أن "التعليم حق تكفله الدولة .. وتكفل استقلال الجامعات ومراكز البحث العلمي ، وذلك كله بـما يحقق الربط بينه وبين حاجات المجتمع والانتاج " وكفالة الدستور لحق التعليم – على ماجرى به قضاء هذه المحكمة – انما جاء انطلاقا من حقيقة أن التعليم يعد من أهم وظائف الدولة ، وأكثرها خطراً ، بحسبانه أداتها الرئيسية في تنمية القيم الخلقية والتربوية والثقافية لدى النشأ والشبيبة ، إعداداً لحياة أفضل يتوافق فيها الإنسان مع بيئته ومقتضيات انتمائه إلى وطنه ، ويتمكن في كنفها من اقتحام الطريق إلى آفاق المعرفة والوانها المختلفة.

٢- لما كانت الدولة مسؤولة عن كفالة حق التعليم ، وكانت العلوم الطبية الأساسية هي عماد التعليم في المرحلة الأولى من الدراسة بكلية الطب ، فان تقييد انتقال الطالب إلى المرحلة الثانية من هذه الدراسة بأمر اخر غير النجاح في تلك العلوم ، يعني إهدار عام جامعي كامل في دراسة صنوف من العلوم أدنى إلى المواد الثقافية ، ولا تربطها صلة عضوية بالدراسات الطبية ، ونزفا لموارد الجماعة التي توجهها إلى هذا النوع من التعليم . وتعطيلاً لثروتها البشرية ، بما يناقض حقيقة أن سلطة المشرع في تنظيم الحق في التعليم مقيدة بأن يكون هذا التنظيم على وفق شروط موضوعية ترتد في أساسها إلى طبيعة هذا التعليم، ومتطلبات الدراسة فيه ، وما يرنو اليه المجتمع من ورائه.

٣- ان التعليم بقدر ما هو حق للفرد على مجتمعه ، فانه – وبذات القدر – أداة هذا المجتمع إلى التقدم والنماء ، وإذ لم يلتزم النص المطعون فيه – هذه القاعدة ، وعد الرسوب في غير العلوم الأساسية الطبية قيداً على النجاح والنقل إلى الفرقة الثالثة بكلية الطب جامعة الاسكندرية من دون نظيراتها من كليات الطب بالجامعات الأخرى ، متحيفاً الحق في التعليم ، ومتنكباً بالتالي الهدف الذي ابتغاه الدستور من تقريره ، ومنتهكاً مبدأ المساواة في هذا الحق، فإنه يكون من ثم مخالفاً لحكم المادتين (١٨، ٤٠) من الدستور(١٠٧).

ثانياً: الحق في التأمين الاجتماعي.

في مجال حماية الحق في التأمين الاجتماعي يبرز دور المحكمة الدستورية العليا ، حيث أرست العديد من المبادئ التي تكفل الحماية الفعالة لهذا الحق ، بما يفي للمواطنين باحتياجاتهم الضرورية التي يتحررون بها من العوز ، وينهضون معها بمسؤولية حماية أسرهم والارتقاء بمعاشها ، تحقيقاً للتكافل والتضامن بين أفراد المجتمع . ومن أحكامها بهذا الصدد-:

أ. حكمها الصادر في ١٩٩٩/١٢/٤ ، بعدم دستورية عجز الفقرة الأولى من المادة ١٩٧ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ فيما نصت عليه من "ويخفض المعاش إلى النصف بالنسبة للمحامين العاملين بأحكام قانون التأمين الاجتماعي وذلك عن كل سنة من سنوات التأمين الاجتماعي."

ومن المبادئ المهمة التي أرستها المحكمة في هذا الحكم ، هي-:

١- إن مبدأ مساواة المواطنين امام القانون – وبقدر تعلقه بالحدود التي تباشر فيها هذه المحكمة ولايتها – مؤداه ، انه لا يجوز أن تخل السلطتان التشريعية أو التنفيذية في مجال مباشرتهما لاختصاصاتهما التي نص عليها الدستور بالحماية المتكافئة للحقوق جميعها ، سواء في ذلك تلك التي قررها الدستور أو التي ضمنها المشرع . إذ كان ذلك ، وكان النص المطعون فيه قد مايز بين فئتين من المحامين الذين اكتملت في شأنهم شرائط استحقاق المعاش الكامل ، إحداهما تلك التي يباشر أفرادها المحاماة لحسابهم الخاص وأخراهما هي التي يمارس أفرادها المحاماة بالتبعية للجهات التي يعملون فيها ، والمعاملين – من ثم – بنظام التأمين الاجتماعي ، من دون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية ، ذلك أنه اختص الفئة الأولى بصرف الحق التأميني كاملاً بينما حجب عن الفئة الثانية نصف هذا الحق ، ومن ثم فإن إقامة ذلك التمييز التحكمي بين الفئتين يكون مناقضاً للمساواة التي فرضتها المادة ٤٠ من الدستور.

٢- إن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو إطلاقها ما لم يقيدها الدستور بقيود معينة تبين تخوم الدائرة التي لا يجوز أن يتدخل المشرع فيها هادماً لتلك

الحقوق أو مؤثراً في محتواها بما ينال منها ، فلا يكون تنظيم المشرع لحق ما سليماً من زاوية دستورية إلا فيما وراء هذه الحدود ، فإن اقتحمها بدعوى تنظيمها إنحل عدواناً عليها. متى كان ذلك ، وكان النص المطعون فيه قد توخى اقتطاع نصف ما استحقه المؤمن عليهم – الذين عناهم – من المعاش ، مخلاً بذلك – بمركزهم القانوني الذي اكتملت في شأنهم شرائط تكوينه ، بما مؤداه حرمان هؤلاء المؤمن عليهم مزية تأمينية كفلتها أحكامه ، مخالفاً بذلك ما استهدفه الدستور من ضمان حق المواطن في المعاش.

٣- إن الحماية الخاصة التي كفلها الدستور لحق الملكية الخاصة ، تمتد إلى كل حق ذي قيمة مالية ، سواء أكان حقاً شخصياً ام عينياً ، ام كان من حقوق الملكية أو الأدبية أو الصناعية، وهو ما يعني اتساعها للأموال بقدر عام . وكان النص المطعون فيه قد أنتقص – دون مقتض – من الحقوق التي تثرى الجانب الايجابي للذمة المالية للمخاطبين بحكمه ، فإنه يكون قد انطوى بذلك على عدوان على الملكية الخاصة بالمخالفة للمادتين ٣٤،٣٢ من الدستور (١٠٨).

ب. وحكمها الصادر في ٢٠٠٣/١٢/١٤ ، أولاً: بعدم دستورية نص البند "٢" من المادة ١٠٦ من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ . وثانياً: بعدم دستورية نص البند "٤" من المادة ١١٢ من القانون المذكور فيما لم يتضمنه من أحقية الزوج في الجمع بين معاشه عن زوجته وبين معاشه بصفته منتفعاً بأحكام هذا القانون ، وكذا الجمع بين معاشه عن زوجته وبين دخله من العمل او المهنة وذلك دون حدود . وقد أستندت المحكمة الدستورية العليا في حكمها هذا على الأسس الآتية:-

١- إن مبدأ مساواة المواطنين امام القانون يعد ركيزة أساسية للحقوق والحريات على اختلافها. وأساساً للعدل والسلام الاجتماعي ، غايته صون الحقوق والحريات في مواجهة صور التمييز التي تنال منها ، أو تقيد ممارستها ، وباعتباره وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة للحقوق

جميعها ، إلا أن مجال إعماله لا يقتصر على ما كفله الدستور من حريات وحقوق وواجبات ، بل يمتد – فوق ذلك – إلى تلك التي يقررها التشريع . وإذا كانت صور التمييز المجافية للدستور يتعذر حصرها إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور أو القانون. أو يحول دون مباشرتها على قدم المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً للانتفاع بها.

٢- إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة ، أن مناط دستورية أي تنظيم تشريعي أن لا تنفصل نصوصه أو تتخلف عن أهدافها ، ومن ثم فاذا قام التماثل في المراكز القانونية التي تنتظم بعض فئات المواطنين وتساووا بالتالي في العناصر التي تكونها ، استلزم ذلك وحدة القاعدة القانونية التي ينبغي ان تنتظمهم ، ولازم ذلك ، أن المشرع عليه أن يتدخل دوماً بأدواته لتحقيق المساواة بين ذوي المراكز القانونية المتماثلة . أو لمعالجة ما فاته في هذا الشأن . و تطبيقاً لما سلف فان قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ وإن وحد بين الزوج والزوجة الخاضعين لأحكامه سواء في حقوقهما التأمينية أم التزاماتهما المالية وفي الأسس التي يتم على ضوئها حساب معاشيهما ، إلا أنه حين نظم شروط استحقاق كل منهما للمعاش المستحق عن الاخر أضاف بالنسبة للزوج بنص المادة ١٠٦/٢ شرطاً مؤداه أن يكون عاجزاً عن الكسب ، ثم قرر بنص المادة ١١٢/٤ أحقية الأرملة في الجمع بين معاشها عن زوجها وبين معاشها بصفتها منتفعة بأحكام هذا القانون . من دون تقرير ذات الحق للزوج ، وهما النصان محل الطعن الماثل ، ومن ثم يكون قد أقام في هذا المجال تفرقة غير مبررة مخالفاً بذلك مبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور(١٠٩).

<u>المطلب الثالث: دور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات الاجتماعية في القضاء الدستوري العراقي.</u>

نص القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ في المادة ١٦ منه على حق الطوائف المختلفة في تأسيس المدارس لتعليم أفرادها بلغاتها الخاصة

والاحتفاظ بها على شرط ان يكون ذلك موافقاً للمناهج العامة التي تعين قانوناً .ونص في مادته الثامنة عشر على الحق في تقلد الوظائف العامة (العراقيون متساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية ... واليهم وحدهم يعهد بالوظائف العامة مدنية كانت ام عسكرية،...)

اما دستور ٢١ ايلول ١٩٦٨ المؤقت، فقد تناول العديد من الحقوق الاجتماعية وأهمها حق العمل ، الذي نظمته المادة (١١) فنصت على ان "العمل في الجمهورية العراقية حق وواجب وشرف لكل مواطن قادر ، والوظائف العامة تكليف للقائمين بها ويهدف موظفو الدولة في إداء اعمالهم ووظائفهم الى خدمة الشعب "

كما نظم حق الضمان الاجتماعي الذي نصت عليه المادة (٩/ب) بقولها "تكفل الدولة خدمات الضمان الاجتماعي، ويكون للعراقيين الحق في المعونة في حالة الشيخوخة والمرض والعجز والبطالة". وكذلك نصت المادة (٩/آ) على أن "تكفل الدولة دعم الأسرة وحماية الطفولة والأمومة وفقاً للقانون"

ومن بين الحقوق الاجتماعية المهمة التي ضمنها الدستور ، حق التعليم الذي نصت عليه المادة (٣٥) بقولها : "التعليم حق للعراقيين جميعاً تكفله الدولة بانشاء المدارس والمعاهد والجامعات والمؤسسات الثقافية والتربوية ويكون التعليم فيها مجاناً وتهتم الدولة خاصة برعاية الشباب بدنياً وعقلياً وخلقياً" كما لم يغفل الدستور عن تنظيم حق الرعاية الصحية ، فجاء في المادة (٣٧) ان "الرعاية الصحية حق تكفله الدولة بانشاء المستشفيات والمؤسسات الصحية وفقاً للقانون"

اما قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ ، فقد نصت المادة الرابعة عشر منه على ان: "للفرد الحق بالأمن والتعليم والعناية الصحية والضمان الاجتماعي، وعلى الدولة العراقية ووحداتها الحكومية وبضمنها الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية ، بحدود مواردها ومع الاخذ بالاعتبار الحاجات الحيوية الاخرى ان تسعى لتوفير الرفاه وفرص العمل للشعب"

وبالنسبة إلى دستور جمهورية العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ فقد خصص الفرع الثاني من الفصل الأول للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . فنصت المادة (٢٢) منه على حق العمل وجعله لكل العراقيين بما يضمن لهم حياة كريمة.

كما وخصص المادة (٢٩) منه لحقوق الأسرة فبين في الفقرة أولاً ان الأسرة أساس المجتمع ، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمها الدينية والاخلاقية والوطنية، وان الدولة تكفل حماية الأمومة والطفولة والشيخوخة، وترعى النشأ والشباب، وأعطت للاولاد حق على والديهم في التربية والرعاية والتعليم ، وللوالدين حق على اولادهم في الاحترام والرعاية ، كما وحظرت جميع صور الاستغلال الاقتصادي للاطفال وكل أشكال العنف والتعسف في الأسرة والمدرسة والمجتمع.

اما المادة (٣٠) فقد نصت على ان تكفل الدولة للفرد والأسرة – ولاسيما الطفل والمرأة – ، الضمان الاجتماعي والصحي ، والمقومات الأساسية للعيش في حياة كريمة. كما وكفلت الضمان الاجتماعي والصحي لكافة العراقيين في حالة الشيخوخة أو المرض أو العجز أو التشرد أو اليتم او البطالة.

وذهبت المادة (٣١) إلى أن لكل عراقي الحق في الرعاية الصحية ، وتعنى الدولة بالصحة العامة، وتكفل توفير وسائل الوقاية والعلاج.

ونصت المادة (٣٢) على أن ترعى الدولة المعاقين وذوي الاحتياجات الخاصة ، وتكفل تأهيلهم بغية دمجهم في المجتمع . اما المادة (٣٣) فقد كفلت الدولة بموجبها حماية البيئة والتنوع الاحيائي والحفاظ عليهما ، وان لكل فرد حق العيش في ظروف بيئية سليمة.

اما حق التعليم فقد نصت عليه المادة (٣٤) من الدستور على ان التعليم عامل أساسي لتقدم المجتمع وحق تكفله الدولة ، وهو إلزامي في المرحلة الابتدائية ، وتكفل الدولة مكافحة الامية. كما نصت على ان التعليم المجاني حق لكل العراقيين في مختلف مراحله . اما التعليم الخاص والأهلي مكفول وينظم بقانون.

هوامش الفصل الخامس

١- انظر د. عبد العزيز محمد سالمان ، ومعتز محمد ابـــو العز ، ونفرت محمد شهاب ، الحقوق والحريات العامة في الدســاتير العربـيـة والفقه والقضاء والشريعة الاسلامية ، الديمقراطية والحريات العامة ، ط ١ ، المعهد الدولي لقانون حقوق الانسان ، كلية الحقوق – جامعة دي بول - ، ٢٠٠٥ ، ص ص ٤٧ – ٤٨ ، د. أحـمد فتحـــي ســرور ، الحـماية الدستورية للحقوق والحريات ، مرجع سابق ، ص ص ٥١ – ٥٢

٢- ينظر د. عبد المنعم عبد الحميد ابــراهيم شــرف ، المعالجة القضائية للانحراف التشريعي ، مرجع سابق ، ص ٤٤٤

٣-انظر د. وجدي ثابت غبــريال ، حـماية الحــرية في مواجهة التشريع ، مرجع سابــق ، ص ص ١٠٩ – ١١٠، د. محــمد عصفور ، ضمانات الحــرية ، مجلة المحـــاماة ، العدد الثالث ، الســنة ٤٨ ، مارس ١٩٦٨ ، ص ٧٩ ، د. عبد الرزاق أحمد الســنهوري ، مخالفة التشــريع للدستور والانحراف في استخدام السلطة التشريعية ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الثالثة ، يناير ١٩٥٢ ، ص ٥٣

٤- انظر د. أحمد فاضل حسين العبيدي ، ضمانات مبدأ المساواة في بعض الدساتير العربية ، رسالة دكتوراه مقــدمة الى كلية القــانون – جامعة بغداد – ، ٢٠٠٥ ، ص ص ١٠٢ –١٠٣

٥-انظر د. كريم يوسف احــمد كشــاكش ، الحــريات العامة في الانظمة السياسية المعاصرة ، مرجع سابق ، ص ٣٤٠ ، د. علي الســيد الباز ، الرقابة على دستورية القوانين في مصر ، مرجع سابق ، ص ٤٢٦

٦- انظر يحيى الجمل ، القــضاء الدســتوري في مصر ، مرجع سابق ، ص ص ٢٢٧ – ٢٢٨

٧- انظر د. عبد الغني بسيوني عبدالله ، النظم السياسية والقــانون الدستوري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص ٢٣٤

٨-انظر د. عبد الحميد حسن محمد ، حماية الحقوق والحــريات في

أحكام المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص ٤٤٤

٩- انظر د. نبيل عبد الرحمن حياوي ، الضمانات الدستورية للحقوق الشخصية في الدول الاتحادية الفيدرالية ، ط١ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص ص ٨٢ – ٨٣

١٠-انظر في هذه التعديلات لاري الويتز ، نظام الحكم في الولايات المتحدة الامريكية ، مرجع سابق ،ص ص ١٠٨ – ١٠٩ وانظر مورتمرج. أدلر ، الدستور الامريكي – افكاره ومثله – ، ترجمة صادق ابراهيم عودة ، مركز الكتب الاردني ، ١٩٨٩ ، ص ص ١٣٧ – ١٣٨

١١- انظر أوستن رني ، سياسة الحكم ، ترجمة د. حسن علي الذنون ، المكتبة الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٤ ، ص ١٩٩

12-Lane v. Wilson 307 U.S. 275 (1939)

نقلا عن روبرت أ. كارب ورونالد ستيدهام ، الاجراءات القضائية في امريكا ، مرجع سابق ، ص ٣٤٠

١٣- بند الجد ، استثنى هذا البند من امتحان معرفة القراءة والكتابة كل الذين سبق ان صوتوا بتاريخ الأول من كانون الثاني /يناير ١٨٦٦ ، او قبله والمنحدرين منهم . وهو تاريخ كان يخضع كل شخص اسود تقريباً لامتحان يرمي إلى التأكد من معرفته القراءة والكتابة ، وهو امتحان كانت تتم إدارته محلياً ويمكن أن يكون النجاح فيه صعباً . انظر دي غراير ستيفنسون ، مبادئ الانتخابات الديمقراطية ، اوراق ديمقراطية رقم ٣ ، صادرة عن المكتب الاعلامي التابع لوزارة الخارجية الامريكية ، واشنطن ، ٢٠٠١ ، ص ١

١٤- انظر روبرت أ. كارب و رونالد ستيدهام ، الاجراءات القضائية في امريكا ، مرجع سابق ، ص ٣٤٠

15-Haper v. Virginia Board of Elections , 383 U.S. 663 (1966)

Jackson (Percival E.) ; Dissent in the Supreme Court , The University of OkLahoma press, P.384

١٦- انظر د. عفيفي كامل عفيفي ، الانتخابات النيابـــية وضماناتها الدستورية و القانونية – دراسة مقارنة – ، دار الجامعيين للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ٧٨٥

١٧- انظر حقوق الافراد ، الحرية الفردية ووثيقة الحقـــوق ، مركز الاعلام التابـــع لوزارة الخارجية الامريكية ، واشـــنطن ، ٢٠٠٤، ص ٩٣ ، وانظر القضية Colegrove v. Green (1946) التي رفضت المحـــكمة الاتحـــادية العليا الدخول فيها لاعتبـــارها من المسائل السياسية:

Epstein (Lee) and Walker (thomas G); Constitutional Law For Achanging America, 4th Ed. , Congressional Quarterly INC. Washington , D.C. 2001 , PP. 768 – 769.

18–Baker V. Carr 369 U.S. 186 (1962)

نقلا عن

Epstein (Lee) and Walker (Thomas G.), Ibid, PP. 769 – 774

١٩- انظر د. عفيفي كامل عفيفي ، الانتخابات النيابـــية وضماناتها الدستورية و القانونية ، مرجع سابق ، ص ٧٨٧

20- Gray v. Sanders, 372 U.S. 368 (1963)
Reynold v. Sims , 377 U.S. 533 (1964)

نقلا عن

Nowak (John E.) and Rotunda (Ronald D.); Constitutional Law , Seventh Edition, Thomson West , 2001 , P. 1040.

21- Nowak (John E.) and Rotunda (Ronald D.) ; Constitutional Law , Ibid , PP. 1040 – 1041

٢٢- انظر دي غراير ستيفنسون ، مبادئ الانتخابات الديمقراطية ، مرجع سابق ، ص ٣ ، وحقوق الافراد ، مرجع سابق، ص ٩٤

٢٣- انظر د. عادل عبد الرحمن خليل ، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية في الولايات المتحدة الأمريكية ومصر – دراسة

تحليلية مقارنة – ، دار النهضة العربية ، القـــاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٨١ وما بعدها ، و د. عادل الطبطبائي ، الحدود الدســـتورية بـــين السلطتين التشريعية والقضائية ، مرجع سابق ، ص ٥٢٦

24- Georgia v. United States, 411 U.S. 526 (1973)
Gomillion v. Light foot , 364 U.S. 339(1960)

انظر في ذلك

: Nowak (John E.) and Rotunda (Ronald D.) ; Constitutional Law , Ibid , P. 1032

25- Hamm v. Virginia State Bd. Of Elections 230 U.S. 65 (1964)
Tancil v. Woolls , 379 U.S. 19 (1964)

انظر في ذلك

Nowak (John E.) and Rotunda (Ronald D.) ; Constitutional Law, Ibid , P. 1032

26-Anderson v. Martin , 375 U.S. 399 (1964)

انظر في ذلك

Ibid , P. 1032

27– Bullock v. Carter, 405 U.S. 134 (1972)
Lubin v. Panish , 415 U.S. 709 (1974)

انظر في ذلك

Ibid , P. 1022

28- Turner v. Fouche , 396 U.S. 346 (1970)Quinn v. Millsap, 491 U.S. 95 (1989)

انظر في ذلك

Ibid , PP. 1023 - 1024

٢٩– الاحزاب السياســـية هي اتحـــادات أو جمعيات منظمة بشـــكل رسمي بغرض الوصول إلى فرض الرقابة بشكل قانوني سواء عن طريق الحزب بمفرده أو عن طريق الائتلاف مع أحزاب اخرى في ساحة الانتخابات وبغية تشكيل سياسة الحـــكومة واختيار الحـــكام وذلك في الدولة ذات السيادة.

Mckenna (George) ; American Politics, Mc Graw

– Hill Inc. , Newyork, 1976, P. 173

٣٠- انظر د. منار الشوربجي ، الكونكرس الأمريكي – المؤسسة المنسية عربياً – ، مطبوعات مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ١٣٠

٣١- انظر د. حسان شفيق العاني ، نظرية الحريات العامة – تحليل ووثائق – ، بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٥

٣٢-انظر د. محمد عصفور ، أزمة الحريات في المعسكرين الشرقي والغربي ، ط ١ ، المطبعة العالمية ، القاهرة، ١٩٦١ ، ص ٢٦٧ ، و د. عدنان حمودي الجليل ، نظرية الحقوق والحريات العامة في تطبيقاتها المعاصرة ، القاهرة، ١٩٧٤ – ١٩٧٥ ، ص ١٧٨.

وانظر

Cushman (Robert E.) ; Civil Liberties in the United State, Ithaca, N.Y: Cornell University Press , 1956 , PP. 167 – 207

٣٣- انظر د. عفيفي كامل عفيفي ، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية ، مرجع سابق ، ص ٢٢٢.

٣٤- في عام ١٩٥١ أيدت المحكمة الاتحادية العليا دستورية (قانون سميث) ومع ذلك فقد قررت في قضية

Yates v. United States(1957)

ان القسم " التنظيمي " من القانون لا يعني غير انشاء أو خلق حزب جديد وبالتالي فان هذا التحريم أو المنع لا ينطبق بأي شكل من الأشكال على الشيوعيين . وقضى الحكم الصادر عام ١٩٥٧ كذلك بان القسم الخاص " بالدعوة " يتطلب قيام الدليل على الدعوة إلى ارتكاب أعمال عنف معينة لا مجرد اعتناق المبادئ الشيوعية بصورة عامة . وبينما نجد ان المحكمة الاتحادية العليا أيدت دستورية قانون مكافحة أعمال التخريب ، الا انها في الوقت نفسه حددت نطاق تطبيق هذا القانون وضيقت بعض اجراءاته . انظر أوستن رني ، سياسة الحكم ، مرجع سابق ، ص ١٨٧

٣٥- انظر د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ٦٨٩
٣٦- انظر د. شحاته أبو زيد شحاته ، مبدأ المساواة في الدساتير العربية ، مرجع سابق ، ص ٦١٣
٣٧- انظر د. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ص ١٦٨ - ١٦٩
٣٨- انظر د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ٦٩١
٣٩- القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٩٨٧/٥/١٦ ، مجموعة أحكام م.د.ع، ج ٤ ، ص ٣١ وما بعدها
ومن أحكام المحكمة الدستورية العليا المتعلقة بحقي الانتخاب والترشيح ، انظر :
القضية رقم ١٤ لسنة ٨ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٩٨٩/٤/١٥ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، ج٤ ، ص ١٩١ وما بعدها
القضية رقم ٢٣ لسنة ٨ قضاية "دستورية" ، جلسة ١٩٨٩/٤/١٥ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، ج٤ ، ص ٢١٥ وما بعدها
القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٩٩٤/١/١٤ مجموعة أحكام م.د.ع ، ج ٦ ، ص ٤٤٤ وما بعدها
القضية رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٩٩٥/٤/١٥، مجموعة أحكام م.د.ع ، ج٦ ، ص ٦٥٠ وما بعدها
٤٠- حول تطور نظام الاحزاب في مصر : انظر د. فاروق عبد البر ، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة ، الجزء الثالث ، المجلد الثاني ، مطابع سجل العرب ، ١٩٨٨ ، ص ص ١١٩٤ - ١١٩٦
٤١- انظر د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ٧٠٤
٤٢- انظر د. وجدي ثابت غبريال ، حماية الحرية في مواجهة التشريع ، مرجع سابق ، ص ص ١٩٧ - ١٩٨
٤٣- انظر د. عبد الحميد حسن محمد ، حماية الحقوق والحريات

في أحكام المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ، ص ص ٤٤٥ - ٤٤٦

٤٤- القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية " دستورية " ، جلسة ١٩٨٨/٥/٧ ، مجموعة أحكام م.د.ع، ج ٤ ، ص ٩٨ وما بعدها ومن أحكام المحكمة الدستورية العليا في مجال حماية حق تأسيس الأحزاب السياسية والانضمام اليها ، انظر:

القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية " دستورية " ، جلسة ١٩٨٦/٦/٢١ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، ج٣ ، ص ٣٥٣ وما بعدها.

القضية رقم ٤٩ لسنة ٦ قضائية " دستورية " ، جلسة ١٩٨٧/٤/٤ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، ج٤ ، ص ١٩ وما بعدها

٤٥- انظر د. رعد ناجي الجدة ، التشريعات الانتخابية في العراق ، مطبعة الخيرات ، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ٦١ ، ٨٤

٤٦- انظر د. رعد ناجي الجدة ، في قانون الاحزاب السياسية رقم ٣٠ لسنة ١٩٩١ – دراسة مقارنة – ، مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد – كلية القانون –، المجلد الخامس عشر ، العددان الاول والثاني ، ٢٠٠٠ ، ص٦.

٤٧- انظر عطا بكري ، الدستور وحقوق الإنسان ، الجزء الثاني ، بغداد ، ١٩٥٤ ، ص ٨٠.

٤٨- انظر د. أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، مرجع سابق ، ص ٣٥٩

٤٩- انظر حقوق الافراد – الحرية الفردية ووثيقة الحقوق – ، مرجع سابق ، ص ٦٩

٥٠- المرجع السابق نفسه ، ص ٦٩

٥١- لاري إلويتز ، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية ، مرجع سابق ، ص ٣٣٠ (ملحق بدستور الولايات المتحدة الامريكية

52- Allgeyer v. State of Louisiana , 165 U.S. 578(1897)

نقلا عن د. أحمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري ، مرجع سابق ،

ص٣٢٣ ، جيروم أ. بـــــارون و س . توماس دينيس ، الوجيز في القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص ١٥٤

53- Lochner v. New York , 198 U.S. 45 (1905)

نقلا عن د. احمد كمال ابــو المجد ، المرجع السابـــق ، ص ٣٢٧ ، جيروم أ. بارون و س. توماس دينيس ، المرجع السابـــق ، ص ١٥٤

٥٤- انظر د. أحمد كمال ابو المجد ، المرجع السابـــق نفســـه ، ص ٣٢٧

55- Adkins v. Chlldren's Hospital ,261 U.S. 525(1923)

نقلاً عن د. أحمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري ، ص ٣٣٠

وانظر قضية مشابهة للقـــضية اعلاه في المرجع نفســـه ، ص ٣٣١ وهي قضية.

Morehead v. Tipaldo, 298 U.S. 537 (1936)

٥٦- انظر المرجع السابق نفسه ، ص ٣٣٠

٥٧- انظر د. محمد عصفور ، الحـــرية في الفكرين الديمقـــراطي والاشـــتراكي ، ط١ ، القـــاهرة ، ١٩٦١ ، ص أ ٢٩٥د.عدنان حمودي الجليل ، نظرية الحقوق و الحـــريات العامة في تطبيقـــاتها المعاصرة ، مرجع سابق ، ص١٥٨ هامش (٢).

٥٨- انظر د. احمد كمال ابو المجد ، الرقابة في دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقـــليم المصري ، مرجع سابـــق ، صص٣١٨-٣١٩

٥٩- ومن الأحكام التي اصدرتها المحكمة الاتحادية العليا تقـــر فيها بدستورية بعض من هذه التشريعات الاجتماعية هي:

Holden v. Hardy , 169 U.S. 366 (1898)
Muller v. State of Oregon , 208 U.S. 412 (1908)
Bantrng v. Oregon , 243 U.S. 426 (1917)

انظر في تفصيلات هذه الأحـــكام جيروم أ. بـــــارون وس . توماس دينيس ، الوجيز في القانون الدستوري ، مرجع سابـــق، ص ١٥٥

كما يوجد حكم حديث نسبياً للمحكمة العليا في هذا الشأن ، أقرت فيه دستورية قانون يتطلب الدفع بأثر رجعي لتعويض العمال ، تقول فيه "ان ولاية ميتشجان لم تنتهك فقرة العقود "الفقرة العاشرة من المادة الأولى من الدستور " ، لما أصدرت قانونا يتطلب الدفع بأثر رجعي لتعويض العمال إذ لا يوجد عقد تم إضعافه".

General Motors v. Romein,112 S.Ct. 1105(1992)

نقلاً عن د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق، ص١٤٩ .

٦٠- لاري إلويتز ، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية ، مرجع سابق، ص٣٤٦ (ملحق بدستور الولايات المتحدة الأمريكية).

٦١- انظر حقوق الافراد – الحرية الفردية ووثيقة الحقوق – ، مرجع سابق ، ص٧٠.

٦٢- التقسيم إلى مناطقٍ هو أكثر أنواع القيود الموضوعة على استخدام الأرض شيوعا ، بدأت قوانين التقسيم الى مناطق بصفة عامة في الفترة المعاصرة للحرب العالمية الاولى ، وهي الان توجد في المدن والقرى المنتشرة في طول البلاد وعرضها. وقوانين التقسيم إلى مناطقٍ قسمت البلدية إلى مقاطعاتٍ لكل منها استخدامات مختلفة . مثلاً قد يخطط لحي ما أن يكون حياً سكنياً، وحياً اخر أن يكون تجارياً ، وحي ثالث ان يكون صناعياً.

وقوانين التقسيم إلى مناطق واجهت اعتراضات على أساس ان القيود الموضوعة على استخدام الارضِ كانت تعني "أخذ" المدينة للارض (الاستيلاء عليها) مما يعد انتهاكاً للتعديلين الخامس والرابع عشر من الدستور. والى حد ما ، فان قوانين التقسيم إلى مناطق "تنزع" بالفعل من ملاك الأراضي حقهم في استخدام أملاكهم باي طريقة يرونها ملائمة . وبالرغم من هذا ، فان المحكمة الاتحادية العليا تحكم بصفة عامة ، بان قوانين التقسيم الى مناطق لا تعد "استيلاء" فيه انتهاك للدستور.

انظر روبرت أ. كارب ورونالد ستيدهام ، الاجراءات القضائية في أمريكا ، مرجع سابق ، ص ص ٢٤١-٢٤٢.

63- Agins v. City of Tiburon,447 U.S. 255 (1980)
نقلا عن جيروم أ. بارون و س. توماس دينيس، الوجيز في القــانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص١٥٩.

64- Testimony of Roger Pilon , Protecting Private Property Rights from Regulatory Takings , Before the Subcommitte or Constitution Committee on Judiciary united States House of Reprenatatives , Feb.10 , 1995 , P.3
نشر هذا التقديم على الموقع الالكتروني
http://www.findlaw.com

65- Nallon v. California Commission , 483 U.S.825 (1987)
د. هشام محمد فوزي ، رقابة دســتورية القــوانين ، مرجع سابــق، ص٢٣٣.

66- First English Evange lical Lutheran Church of Glendale v. Los Angeles Country , 482 U.S. 304 (1987)
جيروم أ. بــــارون و س. توماس دينيس ، الوجيز في القــــــانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص ص ١٦٠ - ١٦١.

67– Lucas v. South Carolina Coastal Council , 112 S.Ct., 2886 (1992)
د. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القــوانين ، مرجع سابــق ، ص١٤٩.

٦٨-انظر المرجع السابق نفسه ، ص١٤٩.

٦٩- انظر هذه الأحكام على الموقع الالكتروني
http:// www.findlaw.com
ان اتجاه المحكمة الاتحادية العليا نحو عدم التعويض عن الاســتيلاء التنظيمي الا في حالات نادرة ، شكل مشكلة كبيرة بحيث باتت من المســائل المطروحــة امام مجلس النواب لغرض ايجاد حــلول تشريعية بصددها . و هذا ما اكده Roger Pilon

(مدير مركز الدراسات الدستورية/ معهد كاتو) في الورقة التي قدمها امام مجلس النواب في ١٠ فبراير ١٩٩٥ ، والتي قال فيها :-

"ان عدم التعويض عن الاستيلاء التنظيمي للملكية الخاصة اصبح مشكلة ضخمة على صعيد الامة الامريكية . فالتنظيمات الفيدرالية والمحلية ازدادت في الآونة الاخيرة في عددها وفي مداها ، وأصحاب الملكية وجدوا انفسهم بصورة متزايدة عاجزين عن استخدام ممتلكاتهم وغير قادرين على استعادة الخسائر التي احدثتها تلك التنظيمات.

فالمشكلة بدأت مع تزايد التنظيمات الحكومية التي تمنع اصحاب الملكية الشرعيين من استخدام ممتلكاتهم . ويمكن القول ان هذه المشكلة ممكن ان تنتهي بحكم المحكمة بالتعويض إلى هؤلاء الملاك ، وفقا لما جاء في التعديل الخامس "فقرة الاستيلاء" ، لكن للاسف ، المحاكم لم تحكم بهذا التعويض الا في قضايا معينة ومحددة . وهذا يعني ان اصحاب الملكية، الكبيرة منها والصغيرة ، يتحملون التكاليف كاملة عن المنافع العامة التي تحققها تلك التنظيمات الحكومية ، في حين ان العدالة تقتضي ان تلك التكاليف يجب ان يتحملها العامة (الجمهور) الذين يطلبون تلك المنافع بالدرجة الاولى.

وعليه فان الكونكرس بحاجة إلى إعادة النظر في غالبية التنظيمات التي شرعت بشكل كبير خلال القرن العشرين ، لتحديد ما اذا كانت تلك التنظيمات تتوافق مع الدستور الامريكي وتتماشى مع حقوق الشعب الامريكي في تنظيم حياته. وهو بحاجة ايضا الى بث حياة جديدة في التعديل الخامس "فقرة الاستيلاء" وذلك بجعلها واضحة للمحاكم – التي عنيت في السابق وكان شغلها الشاغل تحديد معنى – الاستعمال العام – الوارد في هذه الفقرة.

..ان التعديل الخامس "فقرة الاستيلاء" تنص على انه " لا يجوز الاستيلاء على الممتلكات الخاصة للاستعمال العام دونما تعويض عادل " وفي الوقت الحاضر تفسير المحكمة العليا يذهب إلى ان هذه الفقرة تمكن اصحاب الاملاك من الحصول على تعويض عادل عندما تتوفر الشروط التالية :-

١. ان يتم الاستيلاء على ممتلكاتهم بصورة فعلية من قبل الحكومة ، بصفة دائمة أو مؤقتة
٢. عندما يكون الاستيلاء الحكومي لاغراض صحية أو امنية
٣. عندما يشكل الاستيلاء انتقاصاً لقيمة كل العقار او ما يقارب الكل
٤. عندما يكون الاستيلاء الحكومي مبنياً على شروط غير معقولة وغير متناسبة مع شروط الترخيص لاستخدام الملكية.

وان قائمة الشروط اعلاه قد تبدو شاملة ، الا انها في حقيقة الأمر تشير إلى مشكلة كبيرة حيث ان معظم التنظيمات لا تقلل من قيمة الملكية الى الصفر أو ما يقارب الصفر . بل تعمل على انقاص قيمتها بما يعادل ٢٥% او ٥٠% أي تعمل على انقاص جزء من قيمة العقار . في هذه الحالات الغالبية العظمى من اصحاب الملكية لا يحصلون على تعويض ، وهذا بالتأكيد ليس ما عناه واضعي الدستور عند كتابتهم لفقرة الاستيلاء.

من الواضح ان المحكمة العليا قد قطعت اشواطاً الى الوراء ، فبدلاً من التساؤل فيما اذا كان العمل الحكومي يشكل استيلاءً ومن ثم السؤال عن قيمة التعويض الواجبة لصاحب الملكية عن هذا الاستيلاء. نجد ان المحكمة بدلاً من ذلك تسأل هل يشكل الاستيلاء خسارة لصاحب الملكية بما يعادل قيمة كل أو ما يقارب الكل من ملكيته . وهي اذ تفعل ذلك لانه لم توضع نظريات مدروسة عن الاستيلاء . وهذا مثال واضح لما يجب على الكونكرس فعله من تقديم تعريف واضح للملكية في تشريع خاص ينظم وجوب التعويض عن الاستيلاء العام على الملكية الخاصة استناداً إلى التعديل الخامس".

Testimony of Roger Pilon, Protecting Private Property rights from Regulatory Takings, Ibid , PP.1-4

٧٠- انظر د. فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات ، مرجع سابق ، ص ٧٠

٧١-انظر المرجع السابق نفسه ، ص ٧٠

٧٢- انظر شعبان احمد رمضان ، ضوابط واثار الرقابة على دستورية القوانين ، ص ٧١٠

٧٣- انظر د. يحيي الجمل، الحماية الدستورية لحق الملكية الخاصة ، مجلة الدستورية ، العدد الخامس ، السنة الثانية، أبريل ٢٠٠٤ص ص ٤-٥

٧٤- القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية"، جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ ، مجموعة احكام م.د.ع ، الجزء الثامن ، ص٩٠٦ وما بعدها.

٧٥- القضية رقم ٢١٥ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" ، جلسة ٢ أكتوبر ١٩٩٩ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء التاسع ، ص٣٦٣ وما بعدها.

٧٦- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٥ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" ، والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٣ أبريل ٢٠٠٣ ، نقلاً عن د. يحيى الجمل ، الحماية الدستورية لحق الملكية الخاصة ، مرجع سابق ، ص٦

ومن أحكام المحكمة الدستورية العليا في مجال حماية حق الملكية الخاصة : القضية رقم ٥ لسنة ١ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٦ مايو ١٩٨١ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الأول ص١٩٥ وما بعدها ، القضية رقم ١٥ لسنة ٥ قضائية "دستورية" ، جلسة ٢ يناير ١٩٨٨ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الرابع، ص١٣ وما بعدها ، والقضية رقم ٢٨ لسنة ٦ قضائية "دستورية" ، جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء التاسع ، ص١٣٨١ وما بعدها.

٧٧- انظر د. أحمد كمال ابو المجد ، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر (الجزء الثاني) ، مرجع سابق ، ص ص ١٠-١٦

٧٨- انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١١ لسنة ١٦ ، جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء السابع ، ص١٩ وما بعدها.

٧٩- انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧٠ لسنة ١٨ قضائية " دستورية " ، جلسة ٣ نوفمبر ٢٠٠٢ ، مجلة الدستورية ، العدد الأول ، السنة الاولى ، يناير ٢٠٠٣ ، ص ص ٤٠-٤٣

ومن أحكام المحكمة الدستورية العليا في حماية حق الملكية الخاصة

في مجال العلاقات الايجارية : القضية رقم ٢٥ لسنة ١١ قضائية "دستورية" ، جلسة ٢٧ مايو ١٩٩٢ ، مجموعة احكام م.د.ع ، الجزء الخامس ، - المجلد الاول - ، ص٤٠٨ وما بعدها ، القضية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٨ مارس ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء السادس ، ص٥٤٢ وما بعدها ، القضية رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" ، جلسة ٢٢ فبراير ١٩٩٧ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء التاسع ، ص٣٩٤ وما بعدها

٨٠- يلاحظ ان هذه النتائج كانت تترتب فقط في المدة السابقة على العمل بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا والذي ينص في المادة الأولى بأن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الاحوال إلا أثر مباشر ، وذلك من دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص انظر د. فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات ، مرجع سابق ، ص٨٦٧ ، د. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين مرجع سابق ، ص١٨٩

٨١- انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٣ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" ، جلسة ٦ ديسمبر ١٩٩٣ ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية العليا منذ انشائها حتى الان ، الكتاب الثاني (الضرائب والرسوم) ، اعداد المستشار رجب عبد الحكيم سليم ، ط١ ، شركة الأمل للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٩٧ ص ص٦٦- ٧٢.

٨٢- انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٠٦ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" ، جلسة ١ يناير ٢٠٠٠ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء التاسع ، ص٤٣٧ وما بعدها.

ومن أحكام المحكمة الدستورية العليا في المجال الضرائبي:
القضية رقم ٢٦ لسنة ٢ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٩ يونيو ١٩٨٨ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الرابع ، ص١٤٠ وما بعدها ، القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"، جلسة ٨ ابريل

١٩٩٥ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء السادس ، ص٦٠٩ وما بعدها ، القضية رقم ٤٣ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" ، جلسة ٢ يناير ١٩٩٩ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء التاسع ، ص١٤٧

٨٣- انظر د. فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات ، مرجع سابق أ ص ص٩٣٧ - ٩٤٠

٨٤- الوقائع العراقية ، العدد ١٠٠ ، السنة الأولى ، ١٩٢٣/١٠/٤

٨٥- الوقائع العراقية ، العدد ١٧٢٩ أ ، السنة الحادية عشرة ، ١٥ آيار ١٩٦٩.

٨٦- انظر د. عبد الحميد حسن محمد ، حماية الحقوق والحريات في أحكام المحكمة الدستورية العليا ، مرجع سابق ص ٢٧٩

٨٧- في أواخر الثمانينيات من القرن التاسع عشر أصدرت العديد من الولايات قوانين مؤداها فصل السود عن البيض في المرافق العامة ففي عامٍ ١٨٩٠ ، على سبيل المثال ، أصدرت ولاية لويزيانا قانوناً يقضي بوجود وسائل نقل في السكك الحديدية منفصلة ولكن متساوية للسود والبيض . وجاء التحدي لهذا القانون بعد عامين . حيث اعترض Homer Adolph Plessy الذي كان من أصل أسود ، على قانون لويزيانا برفضه أن يترك مقعداً في عربة البيض في القطار الذي كان مسافراً من نيو أورليانز الى وفينجتون بولاية لويزيانا . وبالقبض عليه واتهامه بخرق التشريع البرلماني ادعى Plessy أن هذا القانون غير دستوري لخرقه فقرة الحماية المتساوية الواردة في التعديل الرابع عشر . وفي قضية Plessy v. Ferguson (1896) أقرت المحكمة العليا تشريع لويزيانا . ومن ثم أسست المحكمة سياسةٍ " التفرقة مع التساوي " والتي استمر العمل بها حوالي ستين عاماً. وخلال هذه المدة عمدت ولايات عديدة من خلال قوانينها على ان تجلس الاجناس المختلفة في أماكن مختلفة في الحافلات والقطارات ومواقف الحافلات والمسارح ، وكان يمنع السود من دخول المطاعم والمكتبات العامة وربما الأهم من ذلك ان التلاميذ كانوا عادةً يلتحقون بالمدارس الأدنى درجة . انظر روبرت أ. كارب ورونالد ستيدهام ، الاجراءات القضائية في أمريكا ، مرجع سابق ، ص ٤٦ ، وانظر

ايضاً:

Connor (Karen O.) and Sabato (Larry J.); The Essentials of American Government (Continuity and Change), Longman , Inc. , 2002 Edition, P.137

88- Epstein (Lee) and Walker (Thomas G.); Costitutional Law for Changing America, Ibid, P.634.

89– Swealt v. Painter 339 U.S 629 (1950)

نقلا عن

Ibid , pp. 636 - 637

90- Brown v. Board of Education (I) 347 U.S483(1954)

نقلا عن

Ibid, P. 638

91- Epstein (Lee) and Walker (Thomas G.); Ibid , P. 638 – 641

٩٢- اعتمدت المحكمة في رأيها هذا على عدد من الدراسات النفسية والاجتماعية التي اجريت في هذا المجال

Mckenna (George) ; the Drama of Democracy (American Government and Politics), 3ed Ed. , Mc Graw Hill , Boston, 1998, P. 146

(93) Ibid , pp. 640 – 641

(94)Brown v. Board of Education of Topeka Kansas (Brown II), 349 U.S. 294 (1955)

To admit to public Schools on aracially non - discriminatory basis with all delibrate speed", Lowi (Theodore J.) and Ginsberg (Benjamin); American Governement (Freedom and power) ,

5th . Ed., W.W. Norton & Company Inc. , New York , 1998, P.135

٩٥- انظر جيروم أ. بـــــــارون و س. توماس دينيس ، الوجيز في القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص ٢٠٤

٩٦- يقضـي هذا البـرنامج بـان ينقـل عدد من الطلبـة الافارقـة الامريكيين (الزنوج) في المدارس التي غالبـيتها من الزنوج الى المدارس التي تكون غالبيتها من الطلبة البيض في ضواحي المدينة ، ونقل عدد من الطلبة البيض في المدارس التي تكون غالبيتها من البيض الى داخل مدارس المدن التي تكون غالبـيتها من الطلبـة السود عادة وذلك بغرض تطبيق سياسة الدمج العرقي .

انظر في ذلك

Mckenna (George); the Drama of Democracy , Ibid , P. 146

97- Swann v. Charlotte Mecklenbery Board of Education, 402 U.S. 1 (1971)

Ibid , PP. 146 – 147

٩٨- انظر جيروم أ. بـــــــارون و س. توماس دينيس ، الوجيز في القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص ٢٠٦

٩٩- انظر تينسلي بـاريرو ، حـماية حقـوق الاقـليات ، أوراق ديمقراطية ، رقم ١١ ، صادر عن المكتب الاعلامي التابع لوزارة الخارجية الأمريكية ، واشنطن ، ٢٠٠١ ، ص ٤ .

100- Board of Education of Oklahoma City Public School v. Dowell, 111 S.Ct. 630 (1991),

Freeman v. Pitts, 503 U.S. 467 (1992)

Missouri V. Jenkins , 115, S.Ct. 2038 (1995)

نقلا عن

Lowi (Theodore J.) and Ginsberg (Benjamin); American Government , Ibid, PP. 141 – 142

101- Gleveland Bd. Of Ed. v. Lafleur , 414 U.S.(1947)

انظر جيروم أ. بارون ، و س. توماس دينيس ، الوجيز في القـانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص ١٧٤.

102-Moore v. City of East Cleveland, Ohio, 431 U.S. 424 (1977)

نقلا عن المرجع السابق نفسه ، ص ١٧٥

١٠٣- انظر د. هشام محمد فوزي ، رقابـة دسـتورية القـوانين ، مرجع سابق ، ص ١٤٥.

104– Caban v. Mohammed, 441 U.S. 380 (1978)

انظر د. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص ١٤٦.

105- Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)

انظر

Epstein (Lee) and Walker (Thomas G.); Constitutional Law for Achanging America, Ibid, PP. 656 – 660

١٠٦- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقـم ٤١ لسـنة ٧ قضائية "دستورية" ، جلسة ١ فبـراير ١٩٩٢ ، مجموعة أحـكام م.د.ع ، الجزء الخامس – المجلد الاول – ، ص١٣٢ وما بعدها.

١٠٧- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٨ لسـنة ٢٢ قضائية "دستورية" ، جلسـة ٧ أبـريل ٢٠٠١ ، مجموعة أحـكام م.د.ع ، الجزء التاسع ، ص٨٨٨ وما بعدها ، وللمحكمة الدستورية العليا أحكام عديدة بعدم الدستورية في مجال حماية الحق في التعليم منها:-

القضية رقم ١٠٦ لسنة ٦ قـضائية "دسـتورية" ، جلسـة ٢٩ يونيو ١٩٨٥ ، مجموعة أحـكام م.د.ع ، الجزء الثالث ، ص٢٢٩ وما

بعدها ، و القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" ، جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء السابع ، ص ١٩٤ وما بعدها

١٠٨- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٩٩ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" ، جلسة ٤ ديسمبر ١٩٩٩ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء التاسع ، ص ٤٠٩ وما بعدها

١٠٩- حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٤ ديسمبر ٢٠٠٣ ، ورد كاملاً في مجلة الدستورية ، العدد الخامس ، السنة الثانية ، أبريل ٢٠٠٤ ، ص ص ٦٢-٦٣ ، ومن أحكام المحكمة الدستورية العليا في مجال حماية الحق في التامين الاجتماعي : القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" ، جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء الخامس - المجلد الأول - ، ص ١٠٣ وما بعدها ، و القضية رقم ١ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" ، جلسة ٩ سبتمبر ٢٠٠٠ ، مجموعة أحكام م.د.ع ، الجزء التاسع ، ص ٧٢١ وما بعدها

الخاتمة

بعد أن وصلنا إلى نهاية بحث موضوع "الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون" ، سنعرض لأهم النتائج التي توصل لها البحث ، ثم نحدد أهم التوصيات والمقترحات الخاصة بالنهوض بدور الحكم بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات العامة وإرساء دعائم دولة القانون في العراق ، وذلك في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ حاليا ، وذلك على النحو الآتي- :

أولاً: أهم ما توصل إليه البحث من نتائج:

١- ثبوت العلاقة الجدلية ما بين دولة القانون والقضاء الدستوري وما ينتج عن هذا القضاء من أحكام بعدم الدستورية. فدولة القانون هي التي تهدف إلى إقامة نظام سياسي (حكم) يسعى إلى حماية الحقوق والحريات العامة للافراد . وهذه الحماية تتم عن طريق تقييد السلطات العامة في الدولة لا سيما السلطتين التشريعية والتنفيذية بأحكام القانون – ويراد بالقانون هنا القانون بمعناه الواسع – ويعد القضاء الدستوري عموماً وأحكامه الصادرة بعدم الدستورية خصوصاً من أهم الضمانات التي تكفل هذه الحماية للحقوق والحريات العامة.

٢- أن رقابة القضاء الدستوري تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يرسي الأصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم، وان هذا الهدف لا يتحقق إلا إذا انبسطت رقابة القضاء على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها وسواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية ام كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري – أي الأخذ بالمفهوم الواسع للقانون وبالمدلول الموضوعي له – ، ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعاً ، بل أن هذه المظنة أقوى في التشريعات الفرعية منها في التشريعات الأصلية ، التي يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص في جميع مراحل إعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية التي تمثل الكثرة بين التشريعات – كما أن منها ما ينظم حرية المواطنين وأمورهم اليومية – ، وان الأخذ بالمفهوم الواسع للقانون وبمدلوله الموضوعي يساهم بصورة

مباشرة في حماية الحقوق و الحريات العامة للافراد بـــما يعزز دعائم دولة القانون.

٣- ان اتجاه الدساتير الحديثة نحو النص في صلبـــها على حـــظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القـــضاء ، كما هو الحـــال في الدستور المصري النافذ لسنة ١٩٧١ (م٦٨) ، ودستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ حالياً (م١٠٠) ، هو اتجاه يرمي إلى هدم نظرية أعمال السيادة امام القـــضاء الإداري ونظرية الأعمال السياســـية امام القـــضاء الدستوري ، وبالتالي غلق الباب في مواجهة السلطة التشريعية و الســـلطة التنفيذية ومنعها من إصدار تشـــريعات تؤدي إلى تحـــصين ما تتخذه من أعمال وإجراءات وتدابير من رقابة القضاء ، وهو اتجاه محمود – بلا شك – لان في تحقيقه ضمان لحقوق الافراد وحرياتهم. ومن خلال استقـــراء وتحليل الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في مصر ، يلاحظ أن قضاء هذه المحكمة قد تطور كثيراً بصدد نظرية الأعمال السياسية، إذ بات يرفض إعمال هذه النظرية في مجال الحقوق والحـــريات العامة التي يكفلها الدستور ، وهو اتجاه يعزز بلا شك من دعائم دولة القانون في مصر

٤- إذا كانت القـــاعدة العامة في الأحـــكام القـــضائية (القـــضاء الشخصي) بوجه عام ، أنها ذات حجية نسبية ، لكن الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري بعدم الدستورية لا تشملها هذه القـــاعدة على الإطلاق وإنما هناك تفصيلات تختلف بـــإختلاف النظم الدســـتورية في القـــانون المقارن.

فهناك نظم تتخذ موقفاً سلبياً بالنسبة للقانون المقضي بعدم دستوريته يتمثل في الامتناع عن تطبيق مثل هذا القانون. في هذه الحالة يكون الحكم الصادر بعدم الدستورية ذا حجية نسبية مقصور أثرها على المنازعة ذاتها وعلى أطرافها من دون غيرهم ، ومثالها النظام المطبـــــق في الولايات المتحدة الأمريكية.

واذا كانت هذه الحجية النسبية تثبـــت للأحـــكام الصادرة من جميع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها – في النظام القضائي الأمريكي، – ، الا انه يلاحظ ان الحكم الصادر من المحكمة الاتحـــادية العليا تكون له خصوصية معينة بحكم ان هذه المحكمة تحتل قمة الجهاز القـــضائي وهي صاحبة القول الفصل في دستورية القوانين ، بالإضافة إلى انها مع غيرها

من المحاكم في النظام القضائي للولايات المتحدة الأمريكية تخضع لمبدأ حجية السوابق القضائية، حيث يعتبر الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا ملزماً للمحاكم الأخرى كافة ، فلا تستطيع تلك المحاكم مخالفة أحكام المحكمة الاتحادية العليا وإلا تعرضت أحكامها للإلغاء حال الطعن عليها بالنقض امام المحكمة الأخيرة . وعليه تتحول الحجية النسبية للحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الاتحادية العليا إلى حجية مطلقة من الناحية الفعلية.

وثمة نظم دستورية أخرى تتخذ موقفاً إيجابياً بالنسبة للقانون الذي يقضى بعدم دستوريته ، يتمثل في إلغاء ذلك القانون المخالف للدستور. والحكم بعدم الدستورية في هذه الحالة يحوز حجية مطلقة ، فلا يقتصر أثره على أطراف المنازعة فقط ولا على موضوعها ، بل يمتد إلى جميع الأشخاص الطبيعية والاعتبارية والى السلطات العامة كافة في الدولة ، وإلى المنازعات كافة التي يمكن أن يطبق عليها القانون المخالف للدستور . ومثالها النظام الدستوري في العراق في ظل القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ ، ودستور ١٩٦٨ المؤقت ، وقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ ، ودستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

وهناك نظم ثالثة ، وان اتخذت موقفاً سلبياً من القانون غير الدستوري كما في الحالة الأولى، الا انها اتخذت موقفاً مغايراً بالنسبة لحجية الحكم بعدم الدستورية ، فقررت الحجية المطلقة للحكم ، وجعلته ملزماً لجميع السلطات العامة في الدولة وللأشخاص الطبيعية والاعتبارية كافة. وهذه الحجية المطلقة لم تأت كنتيجة للامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري ، وإنما تقررت بنصوص خاصة أوردتها الدساتير أو القوانين الدستورية ، وخير مثال لهذه النظم النظام الدستوري بموجب دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ النافذ حالياً.

٥- يدور أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية اللاحقة بين صور ثلاث هي : الامتناع عن تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته ، أو إلغاء هذا النص ، أو إلغاء قوة نفاذه.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية ، الأثر القانوني المترتب على صدور حكم بعدم الدستورية يتمثل في الامتناع عن تطبيق القانون

المخالف للدستور ، حيث لا تملك المحاكم الأمريكية إبطال مثل هذا القانون او إلغائه ، غير أنه لما كان القضاء الأمريكي يأخذ بنظام السوابق القضائية ، فإن الحكم الذي يصدر من المحكمة الاتحادية العليا – باعتبارها تمثل قمة الجهاز القضائي – بعدم دستورية قانون معين والامتناع عن تطبيقه يكون ملزماً عملاً وقانوناً للمحاكم الأخرى كافة ، بل وللمحكمة الاتحادية نفسها، إلا إذا عدلت هذه الأخيرة وقضت فيما بعد بدستورية ذات القانون باعتبار أنه يجوز في النظام القضائي الأمريكي العدول عن السوابق القضائية القديمة التي لم تعد تواكب تطورات المجتمع ، إذ يعود القانون إلى الحياة مرة أخرى ، ويجوز للمحاكم تطبيقه إلا إذا كان المشرع تدخل وألغى هذا القانون .وفي ضوء ما تقدم يتأكد لنا ان الرقابة في النظام الأمريكي ، رقابة امتناع وليست رقابة إلغاء ، لأن هذه الرقابة لو كيفت على أنها رقابة إلغاء لما أمكن العودة إلى تطبيق قانون سبق وأنهيت حياته بإلغائه بموجب الحكم السابق صدوره بعدم الدستورية قبل العدول عنه ، ولتطلب الأمر سن قانون جديد من جانب السلطة التشريعية ، وهو ما يخالف الواقع القائم في ظل نظام الرقابة على الدستورية في النظام الأمريكي على اعتبار أنه بمجرد عدول المحكمة الاتحادية العليا عن الحكم السابق يعود معه القانون إلى التطبيق من دون تدخل من جانب السلطة التشريعية.

وفي مصر جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا – في ضوء (م٤٩/٣) من قانون المحكمة الدستورية العليا – على أن الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية هو إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته ، مما يعني أن النص المحكوم بعدم دستوريته وإن كان يمتنع على الكافة تطبيقه لمخالفته للدستور إلا أنه ومع ذلك يظل من الناحية النظرية قائماً إلى أن تلغيه السلطة المختصة بذلك.

وقد يتبادر إلى الذهن انه بناءً على هذا الأثر القانوني وما يترتب عليه يمكن القول بإمكانية عدول المحكمة الدستورية العليا عن حجية سوابقها القضائية والعودة إلى لعمل بالقانون الذي قضي بعدم دستوريته طالما انه لا يزال قائماً ولم يلغه الحكم السابق بعدم الدستورية إلا أن هذا القول مردود وذلك لثبوت الحجية المطلقة للأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بصريح نص المادة (٣/٣٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا. وعليه لا يجوز للمحكمة الدستورية العليا العدول عن

حجية أحكامها بعدم الدستورية لان ذلك يعد مخالفاً للنصوص الدستورية ، ولان مثل هذا العدول يمس بالمراكز القانونية التي تكون قد أستقرت، كما انه يمثل تناقضا واضحا اذ ليس من المتصور ان يكون النص الواحد غير دستوري في فترة وفقا للحكم الصادر بعدم دستوريته ، ودستوري في فترة أخرى وفقا لحكم اخر ، يصدر عن ذات المحكمة بتقرير دستوريته. وفي العراق فان الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية هو إلغاء القانون المقضي بعدم دستوريته وذلك بموجب (م ١/٨٦) من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ ، و (م١/٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر استناداً إلى دستور ١٩٦٨ المؤقت ، و (م٤٤/ج) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ ، و (م٤/ثانيا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ الصادر استنادا إلى قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية. وبالتالي فلا يتصور عدول المحكمة المختصة بالرقابة على الدستورية في ظل هذه الدساتير ، عن حجية أحكامها بعدم الدستورية لأن حكم الإلغاء يترتب عليه إنعدام وجود القانون المقضي بعدم دستوريته ، وبالتالي فلا يوجد ثمة قانون حتى يمكن أن يطعن به أمام المحكمة أو تنظر فيه هذه المحكمة من جديد ، هذا بالإضافة إلى ثبوت الحجية المطلقة للأحكام بعدم الدستورية بنصوص صريحة في الدساتير اعلاه.

٦- أن الحكم الصادر بعدم الدستورية يقتصر أثره على إبطال اثر النص الذي قضي بعدم دستوريته دون بقية النصوص الأخرى من القانون أو النظام (اللائحة) الذي أشتمل على هذا النص غير الدستوري ، والتي تبقى صحيحة ونافذة قانوناً. على أن المحكمة المختصة بالرقابة على الدستورية في النظم الدستورية المقارنة – محل الدراسة – تشترط لإعمال هذه القاعدة أن تكون النصوص المتفقة مع الدستور مستقلة عن النصوص المخالفة له بحيث يمكن الإبقاء عليها وحدها ، وان تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد التشريع وغاياته.

٧- ان صدور الحكم بعدم دستورية قانون معين ، لا يمكن أن يترتب عليه بأي حال من الأحوال، وسواء أكان المشرع قد رتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء القانون المخالف للدستور أو إلغاء قوة نفاذة أم حتى مجرد الامتناع عن تطبيقه ، لا يمكن ترتيب إعادة النص القانوني القديم إلى الحياة مرة أخرى باعتباره هو الواجب التطبيق بعد الحكم بعدم دستورية

القانون الذي طبق بعده ، إلا إذا تدخلت السلطة التشريعية في إعادة إحياء هذا القانون وذلك اذا أرتات صحته ومطابقته للدستور ، ويكون ذلك عن طريق سن قانون جديد يعمل على إحياء العمل بالقانون القديم ، اما القول بان هذا القانون القديم يعود من تلقاء نفسه إلى الحياة ويطبق من جديد بمجرد صدور الحكم بعدم دستورية القانون الذي طبق بعده ، فهذا قول مناف للمنطق ولا أساس له من الصحة.

٨- أهمية وخطورة مسألة تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية ، تعود لما لهذا التحديد من تأثير على صحة العلاقات والتصرفات القانونية التي نشأت وأستقرت في ظل القانون المقضي بعدم دستوريته وذلك خلال الفترة السابقة على الحكم بعدم دستوريته ، وهل تبقى هذه العلاقات والتصرفات صحيحة قانوناً ، وذلك طبقا لقاعدة الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية ، أم تصبح هذه العلاقات والتصرفات باطلة وكأن لم تكن ، وذلك طبقاً لقاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية.

وقد أختلفت الأنظمة الدستورية المقارنة التي تبنت نظام الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين ، في تحديد هذا النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية . ففي الولايات المتحدة الأمريكية المستقر عليه فقهاً وقضاءً هو الأثر الرجعي المطلق للحكم بعدم الدستورية . إلا انه لما كان إعمال قاعدة الأثر الرجعي على إطلاقها يؤدي إلى العديد من الإشكالات القانونية ، لذا سلم الفقه والقضاء بضرورة تقييد قاعدة الأثر الرجعي مراعاة للوجود الفعلي للقانون قبل القضاء بعدم دستوريته ، ولجأ القضاء الأمريكي لإعمال هذا التقييد للأثر الرجعي ، إلى وسائل قانونية شبيهة بالنظريات المعروفة في فقه القانون العام ، منها نظرية الموظف الفعلي ، كما لجأ في مناسبات أخرى إلى التعويل على حسن نية ذوي الشأن وضرورة مراعاة جانبهم.

وفي مصر فان تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية في ضوء (م٤٩/٣) من قانون المحكمة الدستورية العليا بعد تعديلها بموجب القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ ، يكون كالاتي:

أ. الأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص القانونية واللائحية بصفة عامة.

القاعدة هي سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي ، باستثناء الحقوق والمراكز المكتسبة بحكم حاز قوة الأمر المقضي او بالتقادم ، ما لم تحدد المحكمة الدستورية العليا تاريخاً اخر لسريان أثر الحكم في المستقبل.

ب. يتوقف معرفة أثر الحكم الصادر بعدم دستورية نص جنائي ، على طبيعة الحكم الصادر من محكمة الموضوع في الدعوى الموضوعية إستناداً إلى هذا النص الجنائي المقضي بعدم دستوريته، وهل كان حكماً بالبراءة ام بالإدانة ، فاذا كان الحكم في الدعوى الموضوعية بالبراءة ، فإن الحكم الصادر بعدم الدستورية يسري بأثر مباشر على هذا الحكم ، اما إذا كان الحكم الصادر في الدعوى الموضوعية بالإدانة فان الحكم الصادر بعدم الدستورية يسري بأثر رجعي على هذا الحكم والذي يعد في هذه الحالة كأن لم يكن حتى ولو كان باتاً.

ج. الأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص الضريبية.

القاعدة الأثر المباشر في جميع الأحوال للأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص الضريبية . الاستثناء الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص الضريبية بالنسبة للمدعي في الدعوى الدستورية ، حتى يستفيد من الحكم الصادر بعدم دستورية النص الضريبي ، مع مراعاة القيود التي ترد على الأثر الرجعي في هذا الشأن .وفي العراق فانه في ظل القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ وبموجب المادة (١/٨٦) بعد تعديلها بموجب قانون التعديل الثاني للقانون الأساسي العراقي رقم ٦٩ لسنة ١٩٤٣، فان اثر الحكم الصادر بعدم الدستورية أثر فوري ومباشر ، على أن تقوم الحكومة بإصدار تشريع يكفل إزالة الأضرار المتولدة عن تطبيق القانون الملغي. وقد رتبت المادة (١/٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ١٨٩ لسنة ١٩٦٩ الصادر استناداً إلى دستور ١٩٦٨ المؤقت ذات الأثر الفوري والمباشر على الحكم الصادر بعدم الدستورية، إلا أنها لم تلزم الحكومة بإصدار تشريع يضمن تعويض الأفراد الذين تضرروا من تطبيق القانون المخالف للدستور ، كما فعلت المادة (١/٨٦) من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥.

اما قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ ، وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ الذي صدر استنادا إليه ، فانهما جاءا خاليين من تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم

دستورية نص تشريعي . كما إن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ حالياً جاء هو الاخر خالياً من تحديد النطاق الزمني لتنفيذ الحكم بعدم الدستورية . ونعتقد انه في مثل هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي بان حكم المحكمة بعدم الدستورية هو حكم كاشف للمخالفة الدستورية وليس منشئاً لها ، وعليه لا بد أن يسري حكم الإلغاء بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ صدور القانون المحكوم بعدم دستوريته مع مراعاة المراكز القانونية والحقوق المستقرة عند صدور الحكم بعدم الدستورية.

٩- يستند مبدأ الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية على مبدأ المساواة امام القانون. فلا يجوز التمييز بين مراكز قانونية تكونت قبل هذا الحكم وأخرى تكونت بعده. كما ان هذا الأثر الكاشف يضمن فعالية الرقابة على دستورية القوانين ، فهو تأكيد لمبدأ سيادة القانون وضمان مهم لإعلاء الشرعية الدستورية وبذلك تعلو الحقوق والحريات ولا تنتكس قيمتها مهما تعرضت للانتكاس في فترة مؤقتة ، لان الأثر الكاشف بعدم الدستورية يعد ضمان مهم لإزالة كل ما أصابها من انتكاس في الماضي . وهذا هو منطق دولة القانون التي لا تترك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور عرضة للمساس بها ، وانما تكفل حمايتها من خلال هيئة قضائية تعد جزءاً من نظام الدولة ، وهي المحكمة الدستورية ، تعمل هذه المحكمة على إقرار الأثر الكاشف لأحكامها حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم.

ومع ذلك فانه إذا كان الأثر الكاشف يعكس في حد ذاته قيمة دستورية معينة إلا أن إقرار هذه النتيجة لا يجوز أن يكون على حساب قيم دستورية أخرى ، وفقاً لنظام حماية الحقوق المكتسبة . والمراكز القانونية المستقرة ، والتي تعد هي الاخرى من أهم الغايات التي يسعى القانون إلى تحقيقها.

١٠- ان تنفيذ الحكم بعدم الدستورية في مواجهة السلطات العامة في الدولة والكافة من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية هو تأكيد لمبدأ سيادة القانون (خضوع الدولة للقانون). فصدور الحكم بعدم الدستورية يلقي على عاتق السلطة التشريعية مهمة التدخل لإلغاء القانون المقضي بعدم دستوريته وإذا ترك إلغاءه فراغاً تشريعياً كان عليها أن تصدر قانوناً لسد هذا الفراغ التشريعي على أن يكون متفقاً مع أحكام الدستور حتى لا يلقى المصير نفسه الذي لقيه سابقه.

وبالنسبة للسلطة التنفيذية فانه إذا كان النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته من نصوص إحدى اللوائح (الأنظمة) التي تخضع للرقابة الدستورية ، فيتعين على السلطة التنفيذية عدم الاعتداد به واحلال نص

جديد يتفق مع نصوص الدستور بدلاً منه، اما إذا كان النص التشريعي المذكور من نصوص القانون ، فعليها الامتناع عن تنفيذه ويمكنها إعداد مشروع قانون يتفادى العيب الدستوري وتقدمه إلى السلطة التشريعية . وبالنسبة للسلطة القضائية ، فان المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها تلتزم بالحكم الصادر بعدم الدستورية ، وذلك بعدم الاعتداد بالنص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته ، فلا يجوز لها أن تنزل هذا النص على ما يعرض عليها من وقائع.

اما عن تنفيذ الحكم بعدم الدستورية في مواجهة الكافة فيتعين إلزام جميع الأشخاص الطبيعية والاعتبارية من الأغيار ، بترتيب تصرفاتهم القانونية على أساس الحكم الصادر بعدم الدستورية وإلا استطاع المتضرر الحصول من القضاء على حكم ببطلان التصرفات المترتبة بالمخالفة لحكم المحكمة بعدم الدستورية.

١١- ان أثر أحكام القضاء الدستوري الصادرة بعدم دستورية نص تشريعي يمثل محور الارتكاز الرئيسي في حماية الحقوق والحريات العامة. هذه الحقوق والحريات التي تعد الهدف الأساس الذي يسعى إلى تحقيقه نظام الحكم في دولة القانون. فالدور الرئيسي الذي يؤديه القضاء الدستوري من خلال أحكامه بعدم الدستورية، يعد ضمانة رئيسية وفعالة لمراعاة المشرع للقواعد الدستورية الكافلة للحقوق والحريات العامة .وقد أدت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية من خلال أحكامها بعدم الدستورية دوراً حيوياً في حماية الحقوق والحريات العامة وتحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين وحماية حقوق الملونين . واستطاعت من خلال أحكامها بعدم الدستورية أن تلقي بظلالها على الحياة القانونية في تلك البلاد وان تصبح هي الحامي للدستور والحافظ لحقوق الأفراد وحرياتهم . كما استطاعت المحكمة الدستورية العليا في مصر ، أن تؤكد وجودها وتثبت بما لا يدع مجالاً للشك انها حارس أمين وقوي على أحكام الدستور ومبادئه لاسيما ما تعلق منها بحقوق الأفراد وحرياتهم، وانها أثرت من خلال أحكامها بعدم الدستورية على جوانب الحياة العامة السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

اما القضاء الدستوري في العراق ، فان أحكامه بعدم دستورية التشريعات المتعلقة بالحقوق والحريات العامة تكاد تكون نادرة ، إذ لا يوجد سوى حكم وحيد صدر في ظل القانون الأساسي العراقي لسنة

١٩٢٥ من قبل المحكمة العليا ، وهذا ان دل على شئ فانه يدل على غياب دولة القانون في العراق ،ألا اننا نأمل ان يكون للمحكمة الاتحادية العليا دورها المتميز بهذا الصدد من خلال أحكامها بعدم الدستورية.

ثانياً: المقترحات والتوصيات:

إذا كانت المحكمة الاتحادية العليا في العراق لم تبدأ دورها في تحقيق الحماية للدستور وضمان احترامه، وفي صيانةٍ حقوق الافراد وحرياتهم ، فإننا على ثقة تامة من أنها ستؤدي دوراً كبيراً في هذا المجال ، وستكون أحكامها بعدم الدستورية نوراً تسير على هديه الحياة الديمقراطية السليمة. ويمكن عرض بعض الاقتراحات التي قد تسهم في فاعلية الدور الذي تؤديه هذه الأحكام في إعلاء الشرعية الدستورية وحماية الحقوق والحريات العامة . ويمكن أن نوجز هذه الاقتراحات بما يأتي-:

١- لتحقيق الفعالية الكاملة للرقابة على دستورية التشريعات يجب أن يمتدٍ نطاق هذه الرقابة إلى ما يسمى بأعمال السيادة والتي تعد بحق خروجاً صريحاً على مبدأ المشروعية . لذا يجب عدم تحصين أي تشريعٍ سواء أكان قانوناً أم نظاماً أو أيٍ عمل إداريٍ من رقابة القضاء عموماً سواء كان قضاءاً عادياً أم إدارياً أم دستورياً ، ونرى ضرورة إلغاء جميع المواد التي تتضمنها بعض القوانين والمتعلقة بتحصين أعمال السيادة لمخالفتها للدستور.

٢- النص صراحة في الدستور على تقرير الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الاتحادية العليا بعدم الدستورية لضمان احترام سلطات الدولة والكافة لهذه الحجية وعدم الخروج عليها.

٣- نقترح تعديل المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على أن "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة" ، وذلك بأن يكون نص هذه المادة على الشكل الآتي "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات العامة والكافة."

وذلك لان الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الاتحادية العليا تثبت في مواجهة السلطات العامة أولاً وفي مواجهة الكافة من الأغيار من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية ثانياً ، في حين أن نص المادة "٩٤" من

دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ يجعل هذه الحجية تثبت للسلطات العامة في الدولة دون الكافة من الأغيار ، وهذا يعد قصوراً في النص الدستوري يجب تلافيه.

٤- ضرورة النص صراحة في الدستور على تحديد الأثر القانوني المترتب على الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الاتحادية العليا ، وهو ما يتفق مع تقرير الرقابة القضائية على دستورية التشريعات في ظل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٥- ضرورة النص صراحة في الدستور على الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية من المحكمة الاتحادية العليا، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم ، مع الاعتراف للمحكمة الاتحادية العليا – بنص صريح في الدستور – بسلطة تقرير الأثر المباشر او الأثر المستقبلي لحكمها بعدم الدستورية في بعض الحالات على ضوء الظروف الخاصة ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها وقدر الخطورة التي تلازمها وذلك لمعالجة بعض المشكلات العملية التي قد تترتب على إطلاق تطبيق قاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية.

٦- النص صراحة في الدستور على التزام المشرع الأصلي أو الفرعي بإلغاء أو تعديل النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته خلال مدة زمنية محددة من تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الاتحادية العليا ، وذلك حتى يتحقق بالفعل لأحكام هذه المحكمة الحجية المطلقة والملزمة لجميع سلطات الدولة ، ولتفادي حدوث أي فراغ تشريعي قد يهدد الأمن القانوني للدولة.

٧- في حالة إستحالة التنفيذ العيني للحكم الصادر بعدم الدستورية لإصطدامه بمراكز قانونية استقرت قبل صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم. كما لو صدر حكم بعدم دستورية نص جنائي بعد أن يكون المحكوم عليه الذي طعن بعدم دستورية النص قد نفذ مدة العقوبة كاملة إذ يتعين هنا تقرير حقه في التعويض لوجود عقبة حالت

دون إعمال آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية ، على اعتبار انه في حالة إستحالة التنفيذ العيني للحكم فينفذ بمقابل بطريق التعويض الذي يتعين أن يتناسب مع كل ما سيحصل عليه صاحب المصلحة من حقوق حال تنفيذ مقتضى الحكم الصادر بعدم الدستورية.

وتحقيقاً لهذه العدالة نقترح النص على منح المتضرر الحق في ذلك ، على أن يحصل التعويض من الدولة باعتبارها مسؤولة عن أعمال السلطات العامة. كما ونقترح أن ينعقد الاختصاص بنظر دعوى التعويض في مثل هذه الحالة للمحكمة الاتحادية العليا على اعتبار انها اقدر من غيرها على نظر مثل هذه الدعوى ، لتعلقها بإعمال آثار حكم صادر عنها.

صفوة القول: اننا نقترح ضرورة تنظيم كل ما يتعلق بالحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بشأن عدم دستورية النصوص التشريعية سواء من حيث حجية هذه الأحكام والأثر القانوني المترتب عليها والنطاق الزمني لتنفيذها وكيفية هذا التنفيذ في مواجهة السلطات العامة والكافة ، وذلك بموجب نصوص صريحة في الدستور وليس مجرد نصوص في القانون وذلك حتى نضمن أن تكون هذه الأحكام ملزمة لجميع السلطات العامة في الدولة وللأشخاص الطبيعية والاعتبارية كافة ، وحتى يصبح هذا التنظيم بمنأى عن أي تدخل تشريعي من جانب السلطة التشريعية.

كما نهيب بالمحكمة الاتحادية العليا أن تقيم رقابتها على دستورية التشريعات على وفق موازين وضوابط دقيقة في إطار الموازنة بين الاعتبارات القانونية والاعتبارات السياسية وهي بصدد إصدار أحكامها بعدم الدستورية ، وبذلك تتمكن من القيام بدورها الفاعل في إرساء الشرعية الدستورية وحماية حقوق وحريات الأفراد التي تعد الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه نظام الحكم في دولة القانون.

* * *

تم بحمد الله

قائمة المراجع

اولاً: المؤلفات:-

١- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا ، القانون الدستوري – تحليل النظام الدستوري المصري في ظل المبادئ الدستورية العامة – ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٣

٢- د. إبراهيم محمد حسنين ، أثر الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات الأهلية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠

٣- د. إبراهيم محمد حسنين ، أثر الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠

٤- د. إبراهيم محمد حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٣

٥ – د. أبو اليزيد علي المتيت، النظم السياسية والحريات العامة ، ط٣ ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٨٢

٦- د. إحسان حميد المفرجي ، و د. كطران زغير نعمة ، و د. رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، مطبعة دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٠

٧- د. أحمد ابو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، ط١٣ ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠

٨- د.أحمد ابو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، ط٥ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ١٩٨٥

٩- د. أحمد عبد الوهاب السيد ، الحماية الدستورية لحق الانسان في قضاء طبيعي (دراسة مقارنة) ، مؤسسة بيتر للطباعة ، ٢٠٠٢

١٠- د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، ط٢ ، دار الشروق ، القاهرة ، ٢٠٠٠

١١- د. أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في

الاجراءات الجنائية ، طبعة معدلة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥
١٢- د. أحمد كمال ابو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٠
١٣- د. أدمون رباط ، القانون الدستوري العام ، الجزء الثاني – النظرية القانونية في الدولة وحكمها –، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٠
١٤- د. إسماعيل مرزة ، مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي ، ج١ ، ط١ ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٠
١٥- د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون (دراسة مقارنة) ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس لبنان، ٢٠٠٢
١٦- د. ثروت بدوي ، القانون الدستوري وتطور الأنظمة السياسية في مصر ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧١
١٧- د. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦
١٨- د. ثروت بدوي ، النظم السياسية ، الجزء الاول – النظرية العامة للنظم السياسية – ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠
١٩- د. جابر جاد نصار ، الاداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩
٢٠- د. جورجي شفيق ساري ، أصول وأحكام القانون الدستوري ، ط٤ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ – ٢٠٠٣
٢١- د. جورجي شفيق ساري ، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠
٢٢- د. حسان محمد شفيق العاني ، الدستور ، مطبعة جامعة بغداد ، بغداد ، ١٩٨١
٢٣- د. حسان محمد شفيق العاني ، نظرية الحريات العامة – تحليل ووثائق – ، كلية العلوم السياسية ، جامعة بغداد ، بغداد ، ٢٠٠٤

٢٤- حسن محمد أبو السعود ، مذكرات في أصول القانون ، مطبعة الفيض الأهلية ، بغداد، ١٩٤٠ - ١٩٤١
٢٥- د. حميد الساعدي ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، مطابع دار الحكمة ، الموصل ، ١٩٩٠
٢٦- د. رعد ناجي الجدة ، التشريعات الانتخابية في العراق ، مطبعة الخيرات ، بغداد ، ٢٠٠١
٢٧- د. رعد ناجي الجدة ، التطورات الدستورية في العراق ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٤
٢٨- د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤
٢٩- د. رمزي الشاعر ، القضاء الدستوري في مملكة البحرين (دراسة مقارنة) ، مطبعة أوال ، البحرين ، ٢٠٠٣
٣٠- د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٣
٣١- د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري و النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠
٣٢- د. رمزي الشاعر ، قضاء التعويض (مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦
٣٣- د. سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٥
٣٤- د. سعد عصفور ، القانون الدستوري ، القسم الأول - مقدمة القانون الدستوري - ، ط١ ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٥٤
٣٥- د. سعد عصفور ، و د. محسن خليل ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة النشر (بدون)
٣٦- د. سليمان محمد الطماوي ، السلطات الثلاث في الدساتير العربية و الفكر السياسي الإسلامي (دراسة مقارنة) ، ط٥ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٦
٣٧- د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول - قضاء الإلغاء - ، ط٦ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٦

٣٨- د. سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الثالث – قضاء التأديب – ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧
٣٩- د. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ط٤ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦
٤٠- د. سليمان محمد الطماوي ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٨
٤١- د. السيد صبري ، مبادئ القانون الدستوري ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٤٩
٤٢- د. السيد صبري ، النظم الدستورية في البلاد العربية ، معهد الدراسات العربية العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٦
٤٣- د. السيد محمد مدني ، مسئولية الدولة عن أعمالها المشرعة (القوانين واللوائح) في القانون المصري (دراسة مقارنة) ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٢
٤٤- د. شحاتة أبو زيد شحاتة ، مبدأ المساواة في الدساتير العربية ، مطابع Press القاهرة ، ٢٠٠١
٤٥- د. شعبان أحمد رمضان ، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠
٤٦- د. صالح جواد الكاظم ، و د. علي غالب العاني ، الأنظمة السياسية ، مطابع دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٠ – ١٩٩١
٤٧- د. صبري محمد السنوسي محمد ، اثار الحكم بعدم الدستورية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠
٤٨- ضياء شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٣
٤٩- د. طعيمة الجرف ، القضاء الدستوري – دراسة مقارنة في رقابة الدستورية – ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢
٥٠- د. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة للقانون ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦
٥١- د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي ، الكتاب الثاني ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، ١٩٧٣
٥٢- د. عادل الطبطبائي ، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية

والقضائية (دراسة مقارنة) ، مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت – ، الكويت ، ٢٠٠٠
٥٣- د. عادل عبد الرحمن خليل ، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية في الولايات المتحدة الأمريكية ومصر – دراسة تحليلية مقارنة – ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥
٥٤- د. عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ، الجزء الأول ، مطبعة الآداب ، النجف ، ١٩٧٢
٥٥- د. عبد الحفيظ الشيمي ، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١
٥٦- د. عبد الحميد متولي ، الحريات العامة – نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٥
٥٧- د. عبد الحميد متولي ، الوجيز في النظريات والأنظمة السياسية ومبادئها الدستورية ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٥٨ – ١٩٥٩
٥٨- د. عبد الحميد متولي ؛ و د. سعد عصفور ، و د. محسن خليل ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، القسم الثاني ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، تاريخ النشر (بدون)
٥٩- د. عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٥
٦٠- د. عبد العزيز محمد سالمان ، نظم الرقابة على دستورية القوانين – دراسة مقارنة بين مختلف النظم القانونية والقانون المصري – ، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية ، القاهرة ، ٢٠٠٠
٦١- د. عبد العزيز محمد سالمان ، ومعتز محمد أبو العز ، ونفرت محمد شهاب ، الحقوق والحريات العامة في الدساتير العربية والفقه والقضاء والشريعة الإسلامية ، – الديمقراطية والحريات العامة – ، ط١ ، المعهد الدولي لقانون حقوق الانسان ، كلية الحقوق – جامعة دي بول – ، ٢٠٠٥
٦٢- د. عبد الغني بسيوني عبدالله ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٧

٦٣- د. عبد الفتاح حسن ، مبادئ النظام الدستوري في الكويت ، دار النهضة العربية ، بيروت – لبنان ، ١٩٦٨
٦٤- د. عبدالله إسماعيل البستاني ، مذكرات أولية في القانون الدستوري ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٥١
٦٥- د. عبدالله ناصف ، حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨
٦٦- د. عبد المجيد عباس ، أصول القانون ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٧
٦٧- د. عثمان خليل ، القانون الدستوري ، الكتاب الأول – في المبادئ الدستورية العامة –، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٦
٦٨- د. عثمان عبد الملك الصالح ، الرقابة القضائية امام المحكمة الدستورية في الكويت ، ط١ ، مطابع كويت تايمز ، إصدار مجلة الحقوق – كلية الحقوق – ، جامعة الكويت ، ١٩٨٦
٦٩- د. عدنان حمودي الجليل ، نظرية الحقوق والحريات العامة في تطبيقاتها المعاصرة ، القاهرة ، ١٩٧٤ – ١٩٧٥
٧٠- عز الدين الدناصوري ، و د. عبد الحميد الشواربي ، الدعوى الدستورية ، ط١ ، منشاة المعارف ، الإسكندرية، ٢٠٠٢
٧١- د. عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٩٥
٧٢- عطا بكري ، الدستور وحقوق الانسان ، الجزء الثاني ، بغداد ، ١٩٥٤.
٧٣- د. عصمت عبدالله الشيخ ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣
٧٤- د. عفيفي كامل عفيفي ، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية (دراسة مقارنة) ، دار الجامعيين للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٢
٧٥- د. علي محمد آل ياسين ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، ط١ ، مطبعة المعارف، بغداد ، ١٩٦٤
٧٦- د. فاروق عبد البر ، دور مجلس الدولة المصري في حماية

الحقوق والحـــريات العامة، الجزء الثالث ، المجلد الثاني ، مطابـــع سجل العرب ، ١٩٨٨
٧٧- د. فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات ، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٤
٧٨- د. فتحي والي ، قانون القـــضاء المدني ، دار النهضة العربـــية ، القاهرة ، ١٩٨٠
٧٩- د. فؤاد العطار ، النظم السياسية والقـــانون الدســـتوري ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٥ - ١٩٦٦
٨٠- د. ماجد راغب الحلو ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط١ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠
٨١- د. محسن خليل ، النظم السياسية والقـــانون الدســـتوري ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، تاريخ النشر (بدون)
٨٢- د. محمد أحـــمد عبـــد النعيم ، شـــرط الضرورة امام القـــضاء الدستوري - دراسة تحـــليلية مقـــارنة - ، دار النهضة العربـــية ، القاهرة ، ٢٠٠٤
٨٣- د. محمد جمال عثمان جبريل ، أثر الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠
٨٤- د. محمد حسنين عبد العال ، القـــانون الدســـتوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢.
٨٥- د. محمد زهير جيرانه ، مذكرات في القانون الدستوري ، مطبعة العهد ، بغداد ، ١٩٣٦
٨٦- د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، الحكم بعدم الدســـتورية بـــين الأثر الرجعي والأثر المباشر (دراسة مقـــارنة) ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢
٨٧- د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، قضاء الدستورية في مصر - في ضوء أحكام المحـــكمة الدســـتورية العليا - ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢
٨٨- د. محمد عبد العال السناري ، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة (دراسة مقارنة) ، مطبـــعة الاســـراء ، القاهرة ، تاريخ النشر (بدون)

٨٩- د. محمد عبد الواحد الجميلي ، آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢
٩٠- د. محمد عصفور ، أزمة الحريات في المعسكرين الشرقي والغربي ، ط١ ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦١.
٩١- د. محمد عصفور ، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي ، ط١ ، القاهرة ١٩٦١
٩٢- د. محمد كامل ليلة ، الرقابة على أعمال الإدارة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨
٩٣- د. محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٧
٩٤- د. محمد كامل ليلة ، النظم السياسية – الدولة والحكومة – ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩
٩٥- د. محمد المنجي ، دعوى عدم الدستورية ، ط١ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢
٩٦- د. محمود أحمد زكي ، الحكم الصادر في الدعوى الدستورية – في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا حتى أبريل ٢٠٠٤ – ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥
٩٧- د. محمود حلمي ، المبادئ الدستورية العامة ، ط٦ ، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣
٩٨- د. مصطفى محمود عفيفي ، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة ، الكتاب الاول – المبادئ العامة للقانون الدستوري – ، ط٢ ، مكان وتاريخ النشر (بدون)
٩٩- د. منار الشوربجي ، الكونكرس الأمريكي – المؤسسة المنسية عربياً – ، مطبوعات مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية ، القاهرة ، ٢٠٠١
١٠٠- د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري – نظرية الدستور – منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨١
١٠١- د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية ، ط٢ ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٦٦
١٠٢- د. منير حميد البياتي ، الدولة القانونية والنظام السياسي

الإسلامي (دراسة دستورية شرعية وقانونية مقـــارنة) ، ط١ ، الدار العربية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٩
١٠٣- د. منير عبد المجيد ، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠١
١٠٤- نبيل عبد الرحمن حياوي ، دولة العراق الديمقــراطية ، ط١ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٤
١٠٥- نبيل عبد الرحمن حــياوي ، الضمانات الدســتورية للحقــوق الشخصية في الدول الاتحادية الفيدرالية ، ط١ ، المكتبة القــانونية ، بغداد ، ٢٠٠٤
١٠٦- د. نبيلة عبد الحليم كامل ، الرقابـــة القــضائية على دســتورية القوانين – القضاء الدستوري – ، دار النهضة العربية ، القــاهرة ، ١٩٩٣
١٠٧- د. نوري لطيف ، القانون الدستوري ، ط١ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٦
١٠٨- هاني الحوراني ، وحســين ابــو رمان ، وأيمن داود ياســين ، الإطار القانوني للبناء الديمقراطي في الأردن ، دار سندباد للنشر ، عمان – الأردن ، ٢٠٠٠
١٠٩- د. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين (دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر) ، مركز القاهرة لدراسات حقــوق الانســان ، القاهرة ، ١٩٩٩
١١٠- د. وجدي ثابت غبريال ، حماية الحرية في مواجهة التشــريع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ – ١٩٩٠
١١١- د. يحيى الجمل ، القضاء الدســتوري في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠
١١٢- د. يسري محمد العصار ، التصدي في القضاء الدســتوري – دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدســتورية في تجاوز نطاق الدعوى – ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٩

ثانياً: رسائل الدكتوراه:-

١- د. أحمد جاد منصور ، الحماية القضائية لحقوق الانسان - حرية التنقل والإقامة في القضاء الإداري المصري وفقاً لأحدث أحكام محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا حتى عام ١٩٩٧ - ، كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ، ١٩٩٧

٢- د. أحمد فاضل حسين العبيدي ، ضمانات مبدأ المساواة في بعض الدساتير العربية ، كلية القانون - جامعة بغداد - ، ٢٠٠٥

٣- د. حنفي علي جبالي ، المسؤولية عن القوانين - دراسة مقارنة - ، كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ، ١٩٨٧

٤- د. عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية - القضاء الدستوري في مصر - ، كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ، ١٩٨٨

٥- د. عبد الحميد حسن محمد ، حماية الحقوق والحريات في أحكام المحكمة الدستورية العليا ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ، ١٩٩٩

٦- د. عبد الفتاح ساير داير ، نظرية أعمال السيادة - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي - ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ، ١٩٥٥

٧- د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف ، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي - دراسة مقارنة - ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ، ٢٠٠١

٨- د. علي السيد الباز ، الرقابة على دستورية القوانين في مصر ، كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية - ، ١٩٧٨

٩- د. فتحي عبد النبي الوحيدي ، ضمانات نفاذ القواعد الدستورية ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ، ١٩٨٢

١٠- د. كريم يوسف أحمد كشاكش ، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ، ١٩٨٧

١١- د. محمد فرج محمد الفقي ، الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا - دراسة مقارنة - ، كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ، ١٩٩٨

١٢- د. ياسين محمد حـمد العيثاوي ، دور المؤسسات الدستورية والقوى السياسية في صنع القرار السياسي الأمريكي ، كلية العلوم السياسية - جامعة بغداد - ، ٢٠٠٥

ثالثاً : الأبحاث والمقالات :

١- د. أحمد كمال ابو المجد ، التاريخ الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد ٢ ، السنة ٣١ ، ١٩٦١
٢- د. أحمد كمال ابو المجد ، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني ، الجزء الثاني ، مجلة الدستورية ، العدد الثاني ، السنة الاولى، أبريل ٢٠٠٣
٣- بدوي إبراهيم حموده ، دراسة مقارنة في رقابة دستورية القوانين ، مجلة العدالة ، العدد ١٦ ، السنة ٤ ، أكتوبر ١٩٧٧
٤- د. ثروت بدوي ، الدولة القانونية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث ، السنة الثالثة ، ١٩٥٩
٥- د. حسن زكريا المحامي ، المحكمة العليا الأمريكية - القسم الاول - ، مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد ١ ، السنة الخامسة ، حزيران ١٩٦٦
٦- د. رعد ناجي الجدة ، في قانون الأحزاب السياسية رقم ٣٠ لسنة ١٩٩١ - دراسة مقارنة - ، مجلة العلوم القانونية ، المجلد الخامس عشر ، العددان الأول والثاني ، ٢٠٠٠
٧- روبين بطاط ، المحكمة العليا أو محكمة الضمانات الدستورية - تتمة - ، مجلة القضاء، العدد ٣ ، آب ١٩٣٤
٨- د. سعد عصفور ، رقابة القضاء وضرورة حماية الفرد في الدولة الحديثة ، مجلة المحاماة ، العددان الثامن والتاسع ، السنة ٥١ ، أكتوبر ونوفمبر ١٩٧١
٩- د. السيد صبري ، الرقابة على دستورية القوانين ، بحث مقدم إلى المؤتمر الرابع للمحامين العرب المنعقد ببغداد من ٢٦/١١ إلى ٣٠/١١/١٩٥٨ ، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٥٨
١٠- طه الراوي ، اجتماع المحكمة العليا وكيفية معالجة القوانين

المخالفة للقانون الأساسي – تتمة – ، مجلة القضاء ، العدد ٣ ، آب ١٩٣٤
١١– د. عاطف البنا ، الرقابة القضائية على دستورية اللوائح ، مجلة القانون الاقتصاد ، العددان الأول والثاني ، السنة الثامنة ، مارس / يونيو ١٩٧٨
١٢– عبد الرزاق أحمد الحمود المحامي ، دستورية القوانين في العراق ومقارنتها ببعض الأنظمة الدستورية المقارنة ، مجلة القضاء ، العدد الرابع ، السنة السادسة عشر ، ١٩٥٨
١٣– د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الثالثة ، يناير ١٩٥٢
١٤– د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في العراق وآفاق تطورها ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد الرابع ، العددان الأول والثاني ، ١٩٨٥
١٥– د. ماهر البحيري ، الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية وفلسفة التشريع في الحد من مداه ، مجلة الدستورية ، العدد الثاني ، السنة الاولى ، أبريل ٢٠٠٣
١٦– د. محمد عصفور ، ضمانات الحرية ، مجلة المحاماة ، العدد الثالث ، السنة ٤٨ ، مارس ١٩٦٨
١٧– د. منذر الشاوي ، معنى الرقابة على دستورية القوانين ، مجلة القضاء ، العدد الاول ، السنة الخامسة والعشرون ، كانون الثاني – شباط – اذار ١٩٧٠
١٨– مهدي صالح محمد أمين ، الاثبات بالقرائن امام القضاء ، مجلة القضاء ، العدد الثالث ، السنة الثانية والاربعون ، ١٩٨٧
١٩– د. نوري لطيف ، الرقابة على القوانين وحماية الشرعية الدستورية في الاقطار الاشتراكية والعرَاق ، مجلة القضاء ، العدد الثالث ، السنة الثامنة والعشرون ، ١٩٧٣
٢٠– د. يحيى الجمل ، الحماية الدستورية لحق الملكية الخاصة ، مجلة الدستورية ، العدد الخامس ، السنة الثانية ، أبريل ٢٠٠٤
٢١– د. يحيى الجمل ، هانز كلسن .. الأب الروحي للقضاء الدستوري

، مجلة الدستورية ، العدد الاول ، السنة الاولى ، يناير ٢٠٠٣
٢٢- د. يسري محمد العصار ، الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية ، مجلة الدستورية ، العدد الثالث ، السنة الاولى ، يوليو ٢٠٠٣

رابعاً : المترجمات :

١- أوستن رني، سياسة الحكم، ترجمة د. حسن علي الذنون، المكتبة الأهلية، بغداد، ١٩٦٤
٢- تينسلي باريرو ، حماية حقوق الاقليات ، أوراق ديمقراطية ، رقم ١١ ، صادر عن المكتب الاعلامي التابع لوزارة الخارجية الأمريكية ، واشنطن، ٢٠٠١
٣- جيروم أ. بارون و س. توماس دينيس ، الوجيز في القانون الدستوري – المبادئ الأساسية في الدستور الأمريكي – ، ترجمة محمد مصطفى غنيم ، الجمعية المصرية للنشر و المعرفة و الثقافة العالمية ، القاهرة ، ١٩٩٨
٤- حقوق الافراد – الحرية الفردية ووثيقة الحقوق – ، مركز الاعلام التابع لوزارة الخارجية الأمريكية ، واشنطن ، ٢٠٠٤
٥- دي غرابر ستيفنسون ، مبادئ الانتخابات الديمقراطية ، أوراق ديمقراطية ، رقم ٣ ، صادر عن المكتب الاعلامي التابع لوزارة الخارجية الأمريكية ، واشنطن ، ٢٠٠١
٦- روبرت أ. كارب ورونالد ستيدهام ، الإجراءات القضائية في أمريكا ، ترجمة علا أبو زيد ، ط١ ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة و الثقافة العالمية ، القاهرة ، ١٩٩٧
٧- روبرت بوي وكارل فريدريك ، دراسات في الدولة الاتحادية ، ترجمة وليد الخالدي وبرهان رجائي ، ج٣ ، الدار الشرقية للطباعة و التوزيع و النشر ، بيروت ، ١٩٦٦
٨- روسكو باوند ، ضمانات الحرية في الدستور الأمريكي ، ترجمة محمد لبيب شنب ، دار المعرفة ، القاهرة
٩- لاري إلويتز ، نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية ، ترجمة جابر سعيد عوض ، ط١ ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة و الثقافة

العالمية ، القاهرة ، ١٩٩٦
١٠- مورتمر ج . أدلر ، الدستور الأمريكي – أفكاره ومثله – ، ترجمة صادق إبراهيم عودة ، مركز الكتب الأردني ، ١٩٨٩
١١- د. وودرو ولسن، الحكومة الدستورية في الولايات المتحدة، تعريب وديع الضبع، ١٩٢٤

خامساً: مجموعات الدساتير والقوانين والأحكام والدوريات

أ. الدساتير:

١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ / الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق ، العدد ٤٠١٢ ، السنة السابعة والأربعون ، ٢٨ كانون الأول ٢٠٠٥
٢- قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية الصادر في ٨ آذار ٢٠٠٤ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٤
٣- دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ المؤقت / الدساتير العراقية ودراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية ، ط١ ، المعهد الدولي لحقوق الانسان ، كلية الحقوق – جامعة دي بول – ، ٢٠٠٥
٤- القانون الأساسي العراقي مع تعديلاته ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٥٣
٥- دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ / الدساتير العربية ودراسة مقارنة بمعايير الحقوق الدستورية الدولية ، ط١ ، المعهد الدولي لحقوق الانسان ، كلية الحقوق – جامعة دي بول – ، ٢٠٠٥
٦- دستور الولايات المتحدة الأمريكية / الموسوعة العربية للدساتير العالمية ، إصدار مجلس الأمة المصري ، القاهرة ، ١٩٦٦

ب. القوانين والأنظمة:

١- قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ / الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق ، العدد ٣٩٩٦ ، السنة السادسة والاربعون ، ١٧ آذار ٢٠٠٥
٢- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ / الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية لجمهورية العراق ، العدد ٣٩٩٧ ، السنة السادسة والاربعون ، ٢ آيار ٢٠٠٥

٣- قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ ، الموسوعة القانونية ، إعداد علي محمد إبراهيم الكرباسي ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٠
٤- قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ ، الموسوعة القانونية ، إعداد علي محمد إبراهيم الكرباسي ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٠
٥- قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨ / الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية للجمهورية العراقية ، العدد ١٦٥٩ ، السنة الحادية عشرة ، ٢ كانون الأول ١٩٦٨
٦- قانون مراقبة الري و السداد / الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية للجمهورية العراقية ، العدد ١٠٠ ، السنة الأولى ، ٤ أيلول ١٩٢٣
٧- قانون المحكمة الدستورية العليا - في مصر - رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ / مجموعة القوانين ولوائح السلطة التشريعية في بعض الدول العربية ، ط١، المعهد الدولي لحقوق الإنسان ، كلية الحقوق - جامعة دي بول - ، ٢٠٠٥

ج. الأحكام:

١- أحكام المحكمة العليا المنشورة في القانون الأساسي العراقي مع تعديلاته ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٥٣
٢- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا - في مصر - (من الجزء الرابع إلى الجزء التاسع)
٣- مجموعة أحكام المحكمة العليا - في مصر - ، (الجزء الاول)
٤- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الدستورية العليا منذ انشائها حتى الآن ، الكتاب الثاني (الضرائب و الرسوم) ، إعداد المستشار رجب عبد الحكيم سليم ، ط١ ، شركة الأمل للطباعة و النشر ، القاهرة ، ١٩٩٧
٥- موسوعة مراد لأحكام المحكمة الدستورية العليا ، (الجزء الأول)، (الجزء الثالث).

ملاحظة: عند الإشارة إلى أحكام المحكمة الدستورية العليا ، رمزنا بالأحرف (م.د.ع) للدلالة على المحكمة الدستورية العليا

د. الدوريات:

١- مجلة إدارة قضايا الحكومة-تصدر عن إدارة قضايا الحكومة في جمهورية مصر العربية

٢- مجلة الدستورية - تصدر عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية

٣- مجلة ديوان التدوين القانوني- تصدر عن ديوان التدوين القانوني في وزارة العدل -بغداد-

٤- مجلة العدالة - تصدر عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة

٥- مجلة العلوم القانونية -تصدر عن كلية القانون - جامعة بغداد-

٦- مجلة القانون والاقتصاد - تصدر عن كلية الحقوق - جامعة القاهرة-

٧- مجلة القضاء - تصدر عن نقابة المحامين في جمهورية العراق

٨- مجلة المحاماة -تصدر عن نقابة المحامين في جمهورية مصر العربية

٩- مجلة مجلس الدولة -تصدر عن مجلس الدولة في جمهورية مصر العربية

سادساً: المعاجم

١- مختار الصحاح ، محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣

سابعاً: الأحكام والمقالات المنشورة على شبكة الانترنيت للمعلومات الدولية

١- أحكام للمحكمة الاتحادية العليا الأمريكية

Florence Dolan , Petitioner v. City of Tigard (June 24 , 1994)

Kelo v. City of New London etal. (June 23,2005)

Tahoe – Sierra Preserve Ation Council, INC., etal. v. Tohea

Regional Planning Agency etal. (April 23,2002)
تم نشر هذه الأحكام على الموقع الالكتروني:
http:// www.findlaw.com
٢- د. سام دلة ، دولة القانون الضرورة والمقدمة للشروع في التنمية ، ٢٠٠٥
تم نشر هذا المقال على الموقع الإلكتروني
http:// www.findlaw.com
3- Roger Pilon , Protecting Private Property Rights from Regulatory Takings , Testimony before the Sub committee or Constitution Committee on Judiciary United States House of Representatives, Feb. 10 , 1995
تم نشر هذا التقديم على الموقع الإلكتروني:
http:// www.findlaw.com
٤- د. غازي فيصل مهدي ، الدستور العراقي الدائم أفكار وطموحات ، مركز المستقبل للدراسات والبحوث ، ٢٠٠٥.
تم نشر هذا المقال على الموقع الإلكتروني:
http://www.mcsr.net

ثامناً: المراجع باللغة الإنكليزية:

1– Abraham (Henry) :
The Judicial Process , 3ed. Ed , Oxford University Press , 1975
2- Carr (Robert K.) :
.The Supreme Court and Judicial Review , Newyark , 1942
3– Colstad (William A.) :
The Presidents and Judicial Review , University of Texas , 1964
4– Connor (Karen O.) and Sabato (Larry J.) :

The Essentials of American Government
(Continuity and Change) , Longman Inc . , 2002
5- Cushman (Robert E.) :
Cases in Constitutional Law , 1est. Ed. ,
Appleton Press , U.S.A.,1958
6- Cushman (Robert E.) :
Civil Liberties in the United States , Ithaca N.Y:
Cornell University Press , 1956
7- Dicey (A.V.) :
An Introduction to the Study of the Law of the
Constitution , 10th Ed. , New york , 1968
8- Epstein (Lee) and Walker (Thomas G.):
Constitutional law for A changing America , 4th
Ed. , Congressional Quarterly Inc. Washington,
D.C.2001
9- Heatchoock and Claude :
The U.S. Constitution in Perspective, 1est. Ed. ,
The Curtis Publishing Company , U.S.A ., 1962
10- Hoper (C.A.) :
The Constitutional Law of Iraq , Baghdad , 1928
11- Jackson (Percival E.) :
Dissent in the Supreme Court , The University of
Oklahoma Press:Norman,1est. Ed. , 1969
12- Lowi (Theodore J.) and Ginsberg (Benjamin)
American Government (Freedom and Power) , 5th :
Ed. , W.W. Norton & Company Inc., New york , 1998
13- Mayers :
The American Legal System , New york , 1955
14- Mckenna (George) :
American Politics , Mc Graw – Hill Inc., New

York , 1976
15- Mckenna (George) :
The Drama of Democracy (American Government and Politics) , 3ed. Ed. , Mc Graw – Hill Inc., Boston , 1998
16- Nowak (John E.) and Rotunda (Ronald D.) :
Constitutional Law , 7th Ed., Thomas West , 2001
17- Ogg (F.) and Ray (O.) :
Introduction to American Government , 10th Ed., New Uork , 1951
18- Perry (Tory D.) :
American Politics , 2nd Ed., Mc Graw – Hill Companies , U.S.A , 2000 – 2001
19- Philips (Hood) :
Constitutional and Administrative law , 5th Ed. , Sweet and Max well , London , 1973
20-Pritchett (C.H.) :
Constitutional Law of the Federal System , Prentice Hall Inc., New Jersy , 1984

تاسعاً : المراجع باللغة الفرنسية

1- Beguin (J.C.) :
Le Controle de La Constitutionnalite de Lois en Republique Federale d' Allemagne , Economica , Paris , 1982
2- Burdeau (G.) :
Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 13eme Ed. , Paris, 1968
3- Burdeau (G.) :

Traite de Science Politique , T.4, 10 eme Ed. ,
Paris , 1969
4- Cadart (J.) :
Institutions Politique et Droit Constitutionnel ,
T.1 , 2 eme Ed. , Paris , 1979
5- Duguit (L.) :
Traite de Droit Constitutionnel , T.2 , 3eme Ed .,
Paris , 1928
6- Duverger (M.) :
Institution Politiques et Droit Constitutionnel ,
Paris , 1975
7- Hauriou (A.) :
Droit Constitutionnel et Institutions Politiques ,
Paris, 1975
8- Laferriere (J.) :
Manuel de Droit Constitutionnel , 2 eme Ed. ,
Paris , 1947
9- Laferriere (M.) :
Course de Droit Constitutionnel,paris,1947-1948
10- Malberg (C.) :
Contribution a la theorie generale de L' Etate ,
T.1 , Paris , 1920 .
11- Prelot (M.) :
Institutions Politiques Droit Constitutionnel ,
Precis Dalloz , Paris , 1961

Abstract

The subject of research " Judging of non – constitution of Legislative text and its role in consolidating state of Law" is one of the most critical and important constitutional subjects which work in spotting the light on two important subjects :
First Subject: Judgement of non – constitution is in itself critical and subdivision subject to what arouse from many problems concern with the obligatory of non – constitutional judgement and legal effect arranged on it and time frame for its validity and how to execute it according to previous legal centers on its issuance , according to legal center later for its issuance.
The complication came in research of this subject from difference in different constitutional systems which took judiciary monitoring in organization of non – constitutional judgement and confront to it. In issue of obligatory of non – constitutional judgement, some constitutional systems decide absolutely obligating while other decide relative obligating for non – constitutional judgement ; and no doubt the results organized on these two kinds are very different and they are very important and dangerous .
As comparative constitutional systems differ in specifying legal influence which arranged on non – constitutional judgement, this influence may restrict only on forbidding applying legislative text of non – constitutional judgement without confronting to the

attendance of the text itself, and may this influence reflect in cancel legislative text of non – constitutional judgement or cancel its validity.
Different constitutional systems which took later judiciary monitoring differ in specifying time frame to execute non – constitutional judgement between what is decided to retroactive influence base for non – constitutional judgement, and what is decided on direct influence base, while some systems undertake style gather these two bases considering one of them base and other exception.
Also complication of subject of the research appeared in ambiguity or shortage of constitutional or legal texts in sometimes about organizing the obligatory of non – constitutional judgement and legal influence arranged on it and time frame for its validity, or silence of legislator sometimes of confronting issue from these issues although their importance and dangerous, this lead to arise discussion of jurisprudence about its organization and appearance of many jurisprudence opinions for each one its excuses and evidences , and that will be followed by necessity of investigation about relevant opinion which was aimed by legislator in the condition of text ambiguity. That will be followed also by necessity of investigating about direction of court specialized in judiciary monitoring on constitutional legislation about rules which issue of non – constitutional legislative text that object constitutional rules, and attempt to read these rules and analysis them to know

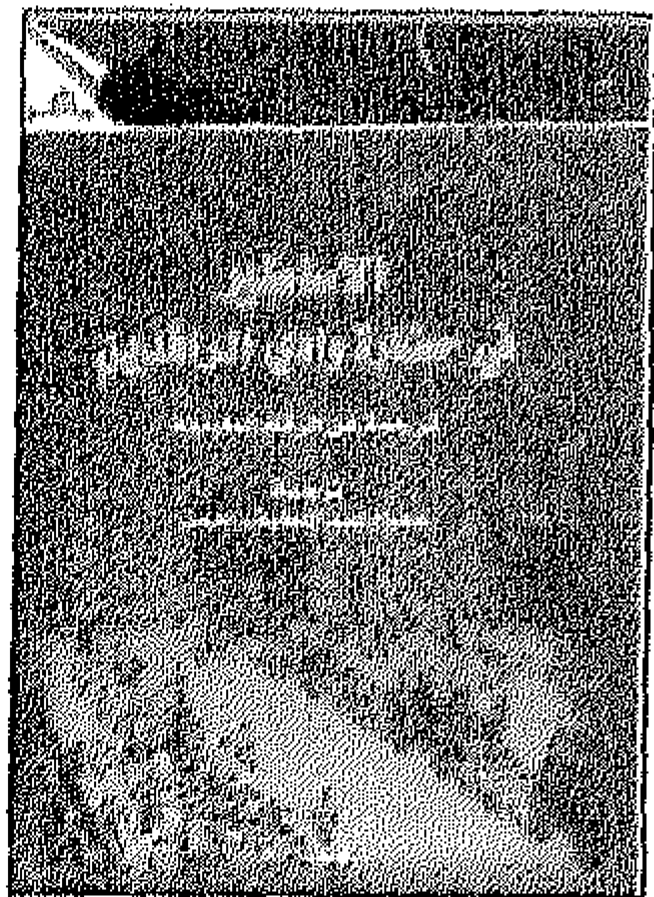
real direction of court about deciding the obligatory of non – constitutional judgement (absolute or relative) and the legal influence arranged on these judgements (forbid or cancel) and the time frame for their validity (retroactive influence or direct immediate influence).

Second Subject: represents in proving argumentative and inevitability relation between non – constitutional judgement and state of law, and prove this relation through distinguish basic and essential points which arose by subjects :

The obligatory of non – constitutional judgement , legal influence arranged on it , time frame of its validity and how execute it towards public authorities and individuals. These basic points which judgement of non – constitution works through them to consolidate state of law. To be informed that these points are very accurate and require searching accurately and deeply in details which concern subject of the obligatory of judgement and its influences.

Also prove this relationship come through distinguish the role of non – constitutional judgement in confronting to the legislations which enacted by legislative authority in state, attempting to waste and decrease rights and public freedoms decided for members according to constitutional texts, so the most important aims of the non – constitutional judgement is returning the legislative authority to the legitimacy sphere.

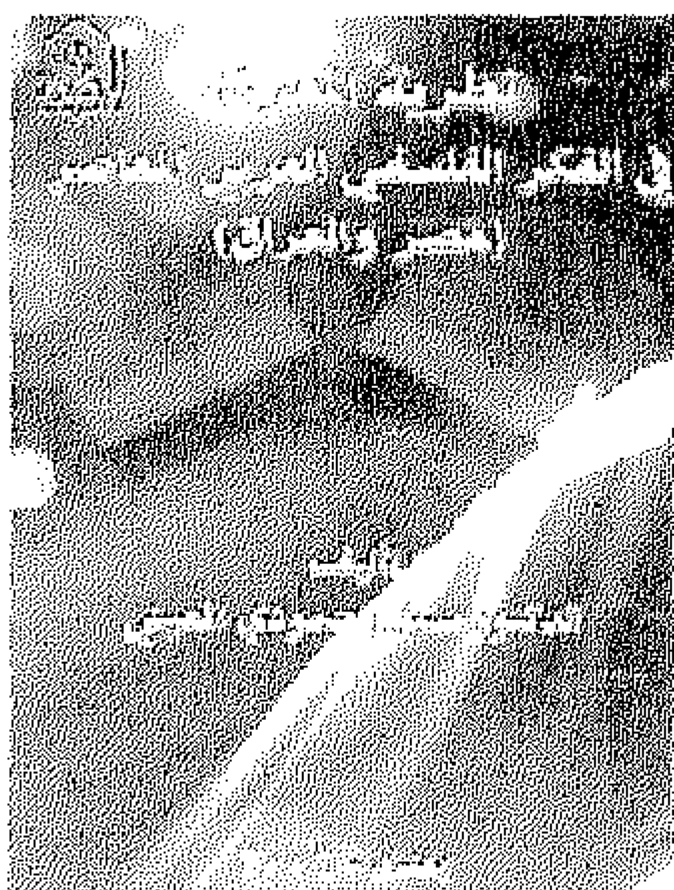
The non – constitutional judgement may be considered certain insurance to protect rights and public freedoms , and indispensable weapon to emphasis and support principle of legitimacy in state of law.
This study followed method of comparative research between American and Egyptian and Iraqi regime where review situation of American Supreme Court and position of Supreme Constitutional Court in Egypt and position of Constitutional Judiciary of Iraq (Attitude each Supreme Court under Basic Iraqi Law on 1925, and Supreme Constitutional Court under Constitution 1968 Provisional , and Supreme Union Court under Law of Administrative Iraqi State for Transitional Stage on 2004 , and Supreme Union Court under Constitution of Republic of Iraq on 2005 valid recently) concerning subject of judging of non – constitution from its obligatory and its legal influence and time frame to execute it and how this execution ; where confront these systems on dependence in chapters in dealing with it for subject of non – constitutional judgement; reaching to surround these experience and evaluate it to know success each of them to achieve aims existed, these aims represented in : Protecting constitutional legitimacy, insuring rights and public freedoms consolidating by that way basics of state of law.

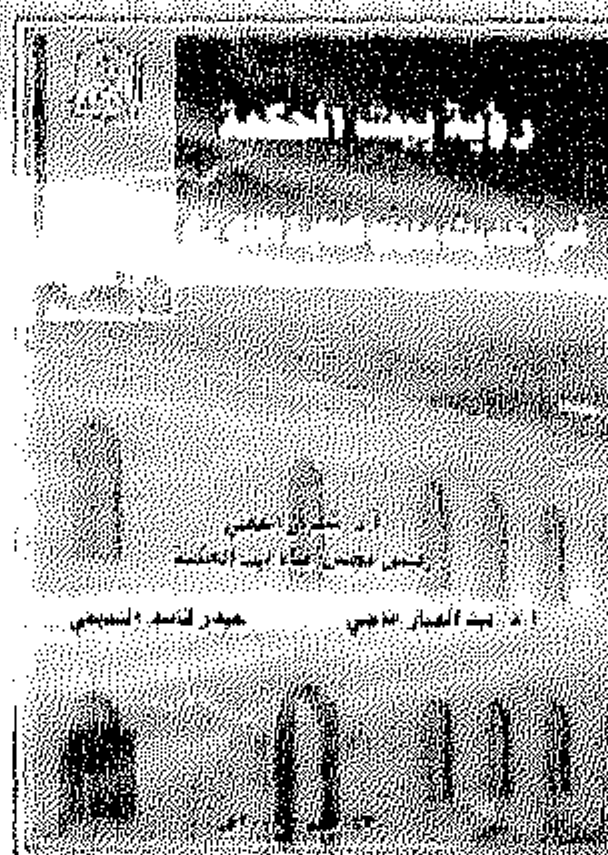






اصدارات بيت الحكمة







هذا الكتاب

ان موضوع الكتاب ((الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون)) يعد من المواضيع الدستورية المهمة والشائكة في آن واحد. اذ انه يعمل على تسليط الضوء على موضوعين في غاية الأهمية:-

الموضوع الاول:- هو الحكم بعدم الدستورية وهو بحد ذاته موضوع متشعب وشائك لما يثيره من مشاكل عديدة تتعلق بحجية الحكم بعدم الدستورية والاثر القانوني المترتب عليه والنطاق الزمني لسريانه وكيفية تنفيذه بالنسبة للمراكز القانونية اللاحقة على صدوره.

اما الموضوع الثاني:- فيتمثل في اثبات العلاقة الجدلية والحتمية ما بين الحكم بعدم الدستورية ودولة القانون.



■ بيت الحكمة/ جمهورية العراق- بغداد
■ هاتف/ ٤١٤٠٠١٥/ ص.ب ٥٣٦٤٠
■ Email:baytal_hikma@yahoo.com
info@baytulhikmairaq.org
■ رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد (٩٧٥) لسنة ٢٠٠٩
■ الطباعة: مطبعة الزمان
■ تصميم الغلاف/ عمر عادل عباس